

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 2007 Vol. 3

1er cahier, 2007 Vol. 3

Cited as [2007] 3 S.C.R. 3-252

Renvoi [2007] 3 R.C.S. 3-252

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

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	RENÉE MARIA TREMBLAY
KAREN LEVASSEUR	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH	JACQUES GAGNÉ	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI		CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET	PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE GROULX	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

CONTENTS

A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association *v.* Canada (Revenue Agency) **217**

Taxation — Income tax — Charities — Registered charity — Amateur youth soccer association operating exclusively at provincial level seeking registration as charity — Whether registered Canadian amateur athletic association provisions of Income Tax Act preclude amateur sports association from charitable status — Whether amateur youth soccer association a charity for purposes of Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 149.1(1) "charitable organization", 248(1) "registered Canadian amateur athletic association".

Alliance for Marriage and Family *v.* A.A. **124**

Civil procedure — Addition of parties — Supreme Court of Canada — Intervener in Court of Appeal requesting to be added as a party to bring an application for leave to appeal — Parties in Court of Appeal not wishing to continue litigation — Motion dismissed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 18(5).

Euro-Excellence Inc. *v.* Kraft Canada Inc. **20**

Intellectual property — Copyright — Infringement — Secondary infringement — Exclusive licences — Exclusive Canadian distributor of imported chocolate bars bringing copyright infringement action against unauthorized distributor of bars after logos were registered in Canada as copyrighted artistic works — Whether Canadian distributor can establish hypothetical primary infringement — Whether chocolate bar can be copyrighted because of protected works appearing on its wrapper — Whether accessories or incidental works exempted from copyright protection — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 27(2)(e).

Hill *v.* Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board **129**

Torts — Negligence — Duty of care — Police investigation — Whether police owe duty of care to suspects in criminal investigations — If so, standard of care required by police investigating a suspect — Whether police officers' conduct in investigating suspect was negligent.

Police — Investigation — Negligence — Whether Canadian law recognizes tort of negligent investigation.

R. *v.* Rhyason **108**

Criminal law — Impaired driving causing death — Reasonable and probable grounds to demand breath samples — Distinction between consumption and impairment — Whether trial judge applied wrong test for determining whether police officer had reasonable and probable grounds to demand breath samples — Whether misstatements in

Continued on next page

SOMMAIRE

A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association c. Canada (Agence du revenu) **217**

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Organismes de bienfaisance — Organisme de bienfaisance enregistré — Demande d'enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance présentée par une association de soccer amateur pour jeunes œuvrant exclusivement à l'échelle provinciale — Les dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu relatives aux associations canadiennes enregistrées de sport amateur empêchent-elles les associations de sport amateur d'obtenir le statut d'œuvre de bienfaisance? — Une association de soccer amateur pour jeunes est-elle un organisme de bienfaisance pour l'application de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 149.1(1) « œuvre de bienfaisance », 248(1) « association canadienne enregistrée de sport amateur ».

Alliance for Marriage and Family *c.* A.A. **124**

Procédure civile — Ajout de parties — Cour suprême du Canada — Intervenante en Cour d'appel demandant à être ajoutée comme partie pour présenter une demande d'autorisation d'appel — Parties en Cour d'appel ne souhaitant pas poursuivre l'instance — Requête rejetée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 18(5).

Euro-Excellence Inc. *c.* Kraft Canada Inc. **20**

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Violation du droit d'auteur — Violation à une étape ultérieure — Licences exclusives — Distributeur exclusif canadien de tablettes de chocolat importées intentant une action pour violation du droit d'auteur contre un distributeur non autorisé de ces tablettes après que des logos eurent été enregistrés au Canada comme étant des œuvres artistiques protégées par le droit d'auteur — Le distributeur canadien peut-il établir l'existence d'une violation initiale hypothétique? — Une tablette de chocolat peut-elle faire l'objet d'un droit d'auteur en raison de la présence d'œuvres protégées sur son emballage? — Les éléments ou les œuvres accessoires sont-ils soustraits à la protection du droit d'auteur? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 27(2)e).

Hill *c.* Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth **129**

Responsabilité délictuelle — Négligence— Obligation de diligence — Enquête policière — Dans une enquête criminelle, le policier a-t-il une obligation de diligence envers un suspect? — Dans l'affirmative, à quelle norme de diligence le policier doit-il satisfaire lorsqu'il enquête sur un suspect? — Les policiers ont-ils fait preuve de négligence dans l'enquête relative au suspect?

Police — Enquête — Négligence — Le délit d'enquête négligente est-il reconnu en droit canadien?

Suite à la page suivante

trial judge's reasons sufficiently undermining to warrant appellate intervention.

R. *v.* Steele **3**

Criminal law — Weapons — Using firearm in commission of offence — Type of conduct that constitutes "using a firearm" — Whether revealing presence or immediate availability of firearm by words or conduct is using firearm — Whether weapon must be in physical possession of offender or readily at hand — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 85(1).

Criminal law — Parties to offence — Common intention — Using firearm in commission of offence — Gun brought into house by one of intruders during break and enter — Whether rules of complicity apply such that all intruders involved in break and enter party to offence of using firearm in commission of offence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21, 85.

Syl Apps Secure Treatment Centre *v.* B.D. **83**

Torts — Negligence — Duty of care — Child in need of protection — Child apprehended by Crown and ordered by court to be placed in treatment centre — Whether treatment centre and its social workers owe duty of care to family members of child — When new duty of care should be recognized.

R. *c.* Rhyason **108**

Droit criminel — Conduite avec les facultés affaiblies ayant causé la mort — Motifs raisonnables pour exiger des échantillons d'haleine — Distinction entre consommation et capacité affaiblie — Le juge du procès a-t-il appliqué le mauvais critère pour décider si le policier avait des motifs raisonnables pour exiger des échantillons d'haleine? — Est-ce que les énoncés dans les motifs du juge du procès sont erronés au point de justifier une intervention en appel?

R. *c.* Steele **3**

Droit criminel — Armes — Utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel — Actes emportant l'« utilisation » d'une arme à feu — Révéler par ses propos ou par ses gestes la présence d'une arme à feu ou sa disponibilité immédiate équivaut-il à utiliser une arme à feu? — Le contrevenant doit-il avoir l'arme en sa possession physique ou à portée de main? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 85(1).

Droit criminel — Participants à l'infraction — Intention commune — Utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel — Arme à feu apportée sur les lieux d'une introduction par effraction par l'un des intrus — Les règles de la complicité s'appliquent-elles de façon que tous les participants à l'introduction par effraction deviennent des participants à l'utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21, 85.

Syl Apps Secure Treatment Centre *c.* B.D. **83**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Enfant ayant besoin de protection — Enfant appréhendée par la Couronne et placée, sur ordre du tribunal, dans un centre de traitement — Le centre de traitement et ses travailleurs sociaux ont-ils une obligation de diligence envers les membres de la famille de l'enfant? — Dans quels cas y a-t-il lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence?

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Volume 3, 2007

3e volume, 2007

Andre Omar Steele *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. *v.* STEELE

Neutral citation: 2007 SCC 36.

File No.: 31447.

2007: April 27; 2007: July 20.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Weapons — Using firearm in commission of offence — Type of conduct that constitutes "using a firearm" — Whether revealing presence or immediate availability of firearm by words or conduct is using firearm — Whether weapon must be in physical possession of offender or readily at hand — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 85(1).

Criminal law — Parties to offence — Common intention — Using firearm in commission of offence — Gun brought into house by one of intruders during break and enter — Whether rules of complicity apply such that all intruders involved in break and enter party to offence of using firearm in commission of offence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21, 85.

The accused and three accomplices forcibly entered a home at night looking for a marijuana grow operation. The intruders hoped no one was there; in fact, its three occupants were home. The residents heard the intruders say, "We have a gun", "Get the gun, get the gun", and "Get the gun out." One intruder was holding something in his hand about the size of a gun and one of the

Andre Omar Steele *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* STEELE

Référence neutre : 2007 CSC 36.

N° du greffe : 31447.

2007 : 27 avril; 2007 : 20 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Droit criminel — Armes — Utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel — Actes emportant l'« utilisation » d'une arme à feu — Révéler par ses propos ou par ses gestes la présence d'une arme à feu ou sa disponibilité immédiate équivaut-il à utiliser une arme à feu? — Le contrevenant doit-il avoir l'arme en sa possession physique ou à portée de main? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 85(1).

Droit criminel — Participants à l'infraction — Intention commune — Utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel — Arme à feu apportée sur les lieux d'une introduction par effraction par l'un des intrus — Les règles de la complicité s'appliquent-elles de façon que tous les participants à l'introduction par effraction deviennent des participants à l'utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21, 85.

À la faveur de la nuit, l'accusé et trois complices sont entrés par la force dans une résidence, pensant y trouver une culture de marijuana. Ils espéraient que personne ne s'y trouvait. Les trois occupants étaient en fait présents. Ils ont entendu les intrus dire [TRADUCTION] « Nous avons une arme à feu », « Va chercher l'arme à feu, va chercher l'arme à feu » et « Sors l'arme à feu. »

residents saw an intruder pull a dark metal object from his inside jacket. All four intruders fled approximately five minutes after their arrival. The residents made two 911 calls describing the intruders and their getaway car and, within minutes, the police intercepted a vehicle occupied by the accused and his accomplices. They searched the car and found several weapons, including a loaded handgun. The accused was charged with several offences, including using a firearm while committing or attempting to commit the indictable offence of break and enter contrary to s. 85(1) of the *Criminal Code*. The trial judge held that the four intruders had formed a common intention to carry out a break and enter and a gun was used to the knowledge of all four. The accused was found guilty of the s. 85(1) offence and the Court of Appeal upheld the conviction.

Held: The appeal should be dismissed. The conviction under s. 85(1) of the *Criminal Code* should be affirmed.

An offender "uses" a firearm within the meaning of s. 85(1) of the *Criminal Code* where, to facilitate the commission of an offence or for purposes of escape, the offender reveals by words or conduct the actual presence or immediate availability of a firearm. The weapon must be in the physical possession of the offender or readily at hand. Where two or more offenders act in concert, the usual rules of complicity apply. This understanding of "use" reflects the two underlying purposes of s. 85: to prevent the danger of serious injury or death associated with the use of firearms, and to prevent victim intimidation and alarm. Use includes discharging or pointing a firearm or displaying a firearm for the purpose of intimidation while committing an offence but the test is not met by mere possession of a firearm, idle threats that refer to a firearm, or evidence that a weapon was proximate for future use. Section 85(1) is concerned with situations where the firearm is at the ready for present rather than future use. [19-20] [27] [32-35] [37]

Here, the accused and his accomplices "used" a firearm within the meaning of s. 85(1) of the *Criminal Code*. They repeatedly referred to a firearm in their physical possession or readily at hand in order to facilitate the commission of the indictable offence of break

L'un des intrus avait dans la main quelque chose dont la dimension était à peu près celle d'une arme à feu, et une occupante a vu l'un d'eux retirer de sa veste intérieure un objet en métal de couleur foncée. Les quatre malfaiteurs ont pris la fuite environ cinq minutes après leur arrivée. Lors de leurs deux appels au 9-1-1, les occupants ont décrit les intrus et la voiture dans laquelle ceux-ci avaient pris la fuite. Quelques minutes plus tard, les policiers ont intercepté le véhicule dans lequel prenaient place l'accusé et ses complices. Ils ont fouillé la voiture et y ont découvert plusieurs armes, dont une arme de poing chargée. L'accusé a fait l'objet de plusieurs accusations, dont celle d'avoir utilisé une arme à feu lors de la perpétration ou de la tentative de perpétration de l'acte criminel d'introduction par effraction contrairement au par. 85(1) du *Code criminel*. La juge du procès a conclu que les quatre intrus avaient formé ensemble le projet de commettre l'introduction par effraction et qu'une arme à feu avait été utilisée au su de tous. L'accusé a été déclaré coupable de l'infraction prévue au par. 85(1), et la Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. La déclaration de culpabilité fondée sur le par. 85(1) du *Code criminel* est confirmée.

Un contrevenant « utilise » une arme à feu au sens du par. 85(1) du *Code criminel* lorsque, pour faciliter la perpétration d'un crime ou pour prendre la fuite, il révèle par ses propos ou par ses gestes la présence réelle d'une arme à feu ou sa disponibilité immédiate. Le contrevenant doit alors avoir l'arme en sa possession physique ou à portée de main. Lorsque plusieurs contrevenants agissent de concert, les règles habituelles de la complicité s'appliquent. Cette interprétation du mot « utilise » tient compte des deux objectifs qui sous-tendent l'art. 85 : prévenir le risque de préjudice corporel grave ou de décès lié à l'utilisation d'une arme à feu ainsi que prévenir l'intimidation des victimes et l'anxiété chez celles-ci. Utiliser une arme à feu s'entend de la décharger ou de la braquer pour intimider pendant la perpétration d'un acte criminel, mais non du seul fait de l'avoir en sa possession ou de l'avoir à proximité en vue d'une utilisation ultérieure, ou encore de proférer une menace en l'air liée à une arme à feu. Le paragraphe 85(1) vise la situation où l'arme à feu est prête pour une utilisation immédiate, et non ultérieure. [19-20] [27] [32-35] [37]

En l'espèce, l'accusé et ses complices ont « utilisé » une arme à feu au sens du par. 85(1) du *Code criminel*. Ils ont maintes fois fait mention d'une arme à feu en leur possession physique ou à portée de main pour faciliter la perpétration de l'acte criminel d'introduction

and enter. The trial judge's reasons make plain that she was satisfied that the firearm was brought into the home by one of the intruders, and remained in the physical possession of that intruder, or another, during the break and enter. The inference drawn by the trial judge that the intruders used the firearm was reasonably supported by the evidence and the conviction under s. 85(1) does not amount to an unreasonable verdict. Furthermore, given the trial judge's finding that the intruders formed a common intention to carry out a break and enter and all four knew that a gun was involved, the accused is clearly a party to a s. 85(1) offence committed in concert by all four intruders. [38] [40] [43] [49-50] [53]

Cases Cited

Discussed: *R. v. Covin*, [1983] 1 S.C.R. 725; *R. v. Chang* (1989), 50 C.C.C. (3d) 413; *Bailey v. United States*, 516 U.S. 137 (1995); **referred to:** *McGuigan v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 284; *Krug v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 255; *R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (2d) 138; *R. v. Belair* (1981), 24 C.R. (3d) 133; *R. v. Scott* (2000), 145 C.C.C. (3d) 52, aff'd [2001] 3 S.C.R. 425, 2001 SCC 73; *R. v. Quon*, [1948] S.C.R. 508; *R. v. Gagnon* (1995), 86 O.A.C. 381; *R. v. Switzer* (1987), 32 C.C.C. (3d) 303; *R. v. Griffin* (1996), 111 C.C.C. (3d) 567; *Rowe v. The King*, [1951] S.C.R. 713; *R. v. Neufeld*, [1984] O.J. No. 1747 (QL); *Veilleux v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 839.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 83(1) [rep. & sub. 1976-77, c. 53, s. 3].
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21, 85, 267, 272.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "use".
Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, "use".

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Donald and Huddart JJ.A.) (2006), 223 B.C.A.C. 154, 369 W.A.C. 154, 206 C.C.C. (3d) 327, [2006] B.C.J. No. 492 (QL), 2006 BCCA 114, upholding the accused's conviction under s. 85(1) of the *Criminal Code* entered by Fisher J., 2005 CarswellBC 3330. Appeal dismissed.

par effraction. Les motifs de la juge du procès indiquent clairement qu'elle était convaincue que l'arme à feu avait été apportée dans la résidence par l'un des intrus et qu'elle était demeurée en la possession physique de ce dernier ou d'un complice pendant l'introduction par effraction. L'inférence de la juge du procès selon laquelle les intrus avaient utilisé l'arme à feu était raisonnablement étayée par la preuve, et la déclaration de culpabilité fondée sur le par. 85(1) ne constitue pas un verdict déraisonnable. Qui plus est, vu l'inférence de la juge du procès selon laquelle les intrus avaient formé ensemble le projet de commettre l'introduction par effraction et savaient tous qu'une arme à feu était en cause, l'accusé a clairement participé à l'infraction — créée au par. 85(1) — perpétrée de concert par les quatre intrus. [38] [40] [43] [49-50] [53]

Jurisprudence

Arrêts analysés : *R. c. Covin*, [1983] 1 R.C.S. 725; *R. c. Chang* (1989), 50 C.C.C. (3d) 413; *Bailey c. United States*, 516 U.S. 137 (1995); **arrêts mentionnés :** *McGuigan c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 284; *Krug c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 255; *R. c. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (2d) 138; *R. c. Belair* (1981), 24 C.R. (3d) 133; *R. c. Scott* (2000), 145 C.C.C. (3d) 52, conf. par [2001] 3 R.C.S. 425, 2001 CSC 73; *R. c. Quon*, [1948] R.C.S. 508; *R. c. Gagnon* (1995), 86 O.A.C. 381; *R. c. Switzer* (1987), 32 C.C.C. (3d) 303; *R. c. Griffin* (1996), 111 C.C.C. (3d) 567; *Rowe c. The King*, [1951] R.C.S. 713; *R. c. Neufeld*, [1984] O.J. No. 1747 (QL); *Veilleux c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 839.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21, 85, 267, 272.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 83(1) [abr. & rempl. 1976-77, ch. 53, art. 3].

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1990, « *use* ».
Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Toronto : Oxford University Press, 2004, « *use* ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Donald et Huddart) (2006), 223 B.C.A.C. 154, 369 W.A.C. 154, 206 C.C.C. (3d) 327, [2006] B.C.J. No. 492 (QL), 2006 BCCA 114, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé fondée sur le par. 85(1) du *Code criminel* inscrite par la juge Fisher, 2005 CarswellBC 3330. Pourvoi rejeté.

Phillip C. Rankin and *Brent B. Olthuis*, for the appellant.

Mary T. Ainslie and *Mike J. Brundrett*, for the respondent.

Jennifer Woollcombe, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

1 The appellant and three accomplices broke into and entered the wrong place at the wrong time. They expected to find a marijuana grow operation and they hoped no one was there. Instead, they broke into a residence *adjacent to what had once been* a marijuana grow operation — and its three occupants were home.

2 The only issue on this appeal is whether the appellant and his accomplices used a firearm while committing that break and enter. The trial judge found that they had. She therefore convicted the appellant, Andre Omar Steele, under s. 85(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. In virtue of that provision, it is a distinct and separate offence to use a firearm while committing certain indictable offences, including break and enter.

3 For the reasons that follow, I am satisfied that the trial judge was entitled to conclude as she did. I would therefore affirm Mr. Steele's conviction at trial, and dismiss his present appeal to this Court.

II

4 On October 21, 2003, in Pitt Meadows, British Columbia, a neighbour surprised three young men hovering suspiciously, in mid-afternoon, near a house across the street. She challenged them and they fled. The appellant's thumb prints were lifted

Phillip C. Rankin et *Brent B. Olthuis*, pour l'appelant.

Mary T. Ainslie et *Mike J. Brundrett*, pour l'intimée.

Jennifer Woollcombe, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

L'appelant et trois complices se sont introduits par effraction au mauvais endroit au mauvais moment. Ils s'attendaient à trouver une culture de marijuana et ils espéraient qu'il n'y aurait personne. Or, la résidence était *adjacente à une autre où il y avait déjà eu* une culture de marijuana, et ses trois occupants étaient présents.

La seule question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si l'appelant et ses complices ont utilisé une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction d'introduction par effraction. La juge du procès a conclu que tel a été le cas. Elle a donc déclaré l'appelant, Andre Omar Steele, coupable de l'infraction prévue au par. 85(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Suivant cette disposition, l'utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration de certains actes criminels, dont l'introduction par effraction, constitue une infraction distincte.

Pour les motifs qui suivent, je suis convaincu qu'il était permis à la juge du procès de conclure comme elle l'a fait. Je suis donc d'avis de confirmer la déclaration de culpabilité de M. Steele en première instance et de rejeter le présent pourvoi.

II

Le 21 octobre 2003, à Pitt Meadows, en Colombie-Britannique, une femme a surpris trois jeunes hommes rôdant de manière suspecte, au milieu de l'après-midi, près d'une maison en face de chez elle. Après qu'elle les eus interpellés, ils ont

by the police from the frame of the rear window through which he had attempted to gain entry.

Nine days later, on October 30, the appellant and three accomplices forcibly entered the same home shortly after midnight. They awakened three residents. One intruder warned a female resident, Christina Reid, not to move and, evidently to ensure compliance, he immediately added: "We have a gun." Ms. Reid testified that the intruder had "something in his hand . . . about the size of a gun" (trial judge's reasons, 2005 CarswellBC 3330, at para. 23).

Another resident, Rosemary Reid, heard a second intruder twice tell an accomplice to "Get the gun." She testified that the intruder "pulled a dark metal object from his inside jacket with his left hand" (*ibid.*, at para. 24).

Two of the intruders asked the residents: "Where are the drugs?" and one of them was heard by Larry Reid, the third resident, to tell an accomplice to "Get the gun out" (*ibid.*, at para. 25 (emphasis added)).

All four intruders fled the home approximately five minutes after their arrival.

The Reids made two 911 calls, one while the intruders were still in the house and a second, two minutes later, after the intruders had left. They gave general descriptions of the intruders and provided a good description of the getaway car. Approximately four minutes after the second 911 call, the police intercepted a vehicle matching the description of the getaway car. Four individuals, including the appellant and his girlfriend, were inside. They were all arrested.

The police then searched the car and found several weapons, including hammers, a crowbar, a

pris la fuite. Les policiers ont relevé les empreintes de pouce de l'appelant sur le cadre de la fenêtre arrière par laquelle il avait tenté de s'introduire.

5 Neuf jours plus tard, soit le 30 octobre, peu après minuit, l'appelant et trois complices sont entrés par la force dans la même maison. Ils ont réveillé les trois occupants. Un des intrus a ordonné à une occupante, Christina Reid, de ne pas bouger et, dans le but manifeste de la tenir en respect, il a tout de suite ajouté : [TRADUCTION] « Nous avons une arme à feu. » M^me^ Reid a témoigné que l'individu avait [TRADUCTION] « dans la main quelque chose dont la dimension était à peu près celle d'une arme à feu » (motifs de la juge du procès, 2005 CarswellBC 3330, par. 23).

6 Une autre occupante, Rosemary Reid, a entendu un deuxième intrus dire deux fois à un complice : [TRADUCTION] « Va chercher l'arme à feu. » Elle a témoigné que l'individu avait [TRADUCTION] « retiré un objet en métal de couleur foncée de sa veste intérieure avec sa main gauche » (*ibid.*, par. 24).

7 Deux des intrus ont demandé aux occupants : [TRADUCTION] « Où est la drogue? », et Larry Reid, le troisième occupant, a entendu l'un d'eux dire à un complice : [TRADUCTION] « Sors l'arme à feu » (*ibid.*, par. 25 (je souligne)).

8 Les quatre malfaiteurs ont pris la fuite environ cinq minutes après leur arrivée.

9 Les Reid ont passé deux appels au 9-1-1, le premier pendant que les intrus étaient encore dans la maison, et le second, deux minutes plus tard, après que ceux-ci eurent quitté les lieux. Ils ont donné une description générale des individus et une bonne description de la voiture dans laquelle ces derniers avaient pris la fuite. Environ quatre minutes après le deuxième appel au 9-1-1, la police a intercepté un véhicule correspondant à la description. Quatre personnes, dont l'appelant et sa petite amie, y prenaient place. Elles ont toutes été arrêtées.

10 Un policier a ensuite fouillé le véhicule. Il a découvert plusieurs armes : des marteaux, un

kitchen knife, a machete, a silver knife with brass knuckles and — "most importantly", said the trial judge — a loaded handgun under the driver's seat.

11 The appellant was charged with attempted break and enter on October 21 and with breaking and entering on October 30. In respect of the latter incident, he was charged as well with a number of firearms offences. We are concerned here with only one: using a firearm while committing or attempting to commit the indictable offence of break and enter, contrary to s. 85(1) of the *Criminal Code*.

12 The trial judge found the appellant guilty on all counts.

13 Mr. Steele appealed to the British Columbia Court of Appeal against each of the convictions. He contended that the trial judge should have severed the count for attempted break and enter on October 21 from the counts concerning the break and enter on October 30. He submitted as well, in essence, that the convictions on each of the other charges rested on insufficient evidence and were therefore unreasonable verdicts.

14 The Court of Appeal unanimously dismissed Mr. Steele's appeal to that court: (2006), 223 B.C.A.C. 154, 2006 BCCA 114. Huddart J.A., writing for the court, found no proper basis for setting aside any of the convictions entered at trial. The only real issue, in her view, related to Mr. Steele's conviction under s. 85(1) of the *Criminal Code*. And that issue was "whether the trial judge erred in relying on the 'most logical inference' from the facts she found, that the appellant and three other intruders 'used' the gun in committing the indictable offence of breaking and entering a dwelling-house" (para. 18).

15 In that regard, Huddart J.A. held that "possession of a firearm becomes use under s. 85 of the

pied-de-biche, un couteau de cuisine, une machette, un couteau en argent avec un coup-de-poing américain, mais [TRADUCTION] « surtout », selon la juge du procès, une arme de poing chargée sous le siège du conducteur.

En ce qui concerne l'incident du 21 octobre, l'appelant a été accusé de tentative d'introduction par effraction et, pour les événements du 30 octobre, d'introduction par effraction, ainsi que de plusieurs infractions relatives aux armes à feu. En l'espèce, une seule de ces infractions nous intéresse : l'utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration ou de la tentative de perpétration de l'acte criminel d'introduction par effraction, contrairement au par. 85(1) du *Code criminel*.

La juge du procès a déclaré l'appelant coupable de tous les chefs d'accusation.

M. Steele a interjeté appel de chacune des déclarations de culpabilité devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Il a soutenu que la juge du procès aurait dû séparer le chef d'accusation pour la tentative d'introduction par effraction du 21 octobre de ceux liés à l'introduction par effraction du 30 octobre. Par ailleurs, il a essentiellement fait valoir que pour chacun des autres chefs d'accusation, les déclarations de culpabilité reposaient sur une preuve insuffisante et constituaient donc des verdicts déraisonnables.

M. Steele a été débouté ((2006), 223 B.C.A.C. 154, 2006 BCCA 114). Au nom des juges unanimes de la Cour d'appel, la juge Huddart a conclu que rien ne justifiait l'annulation de l'une ou l'autre des déclarations de culpabilité. La seule véritable question en litige, selon elle, touchait à la déclaration de culpabilité pour l'infraction prévue au par. 85(1) du *Code criminel* : [TRADUCTION] « la juge du procès a-t-elle eu tort de s'appuyer sur "l'inférence la plus logique" tirée des faits constatés, à savoir que l'appelant et les trois autres cambrioleurs avaient "utilisé" l'arme à feu lors de la perpétration de l'acte criminel d'introduction par effraction dans une maison d'habitation » (par. 18).

À cet égard, la juge Huddart a statué que [TRADUCTION] « la possession d'une arme à feu

Criminal Code when its use is threatened" (para. 25). In the absence of binding authority, she was attracted to the expression "proximate for future use" as "an expression that connotes a sufficiently nearby presence to be available to carry out the threat implicit in the reference to the gun by the intruders" (para. 34). She found that the loaded handgun later seized in the getaway car was either in the physical possession of one of the intruders while they were still in the house or in the car immediately outside the house. In either case, said Huddart J.A., "there was sufficient evidence of proximity or nearby presence" to support the trial judge's guilty verdict under s. 85(1) (para. 36).

In this Court, Mr. Steele appeals his conviction on that count only.

III

Section 85(1) of the *Criminal Code* provides:

85. (1) Every person commits an offence who uses a firearm

(*a*) while committing an indictable offence, other than an offence under section 220 (criminal negligence causing death), 236 (manslaughter), 239 (attempted murder), 244 (causing bodily harm with intent — firearm), 272 (sexual assault with a weapon) or 273 (aggravated sexual assault), subsection 279(1) (kidnapping) or section 279.1 (hostage-taking), 344 (robbery) or 346 (extortion),

(*b*) while attempting to commit an indictable offence, or

(*c*) during flight after committing or attempting to commit an indictable offence,

whether or not the person causes or means to cause bodily harm to any person as a result of using the firearm.

Section 85(1) was enacted in 1977 as part of a comprehensive "gun control" legislative scheme that was aimed at curtailing the proliferation of

emporte son utilisation au sens de l'art. 85 du *Code criminel* lorsqu'est proférée la menace de l'utiliser » (par. 25). Faute d'une décision faisant jurisprudence, la Cour d'appel a considéré que l'expression [TRADUCTION] « "à proximité en vue d'une utilisation ultérieure" connotait une présence suffisamment rapprochée pour qu'il puisse être donné suite à la menace implicite que comporte la mention de l'arme à feu » (par. 34). Elle a conclu que l'arme de poing chargée saisie plus tard dans le véhicule de fuite avait été en la possession de l'un des individus pendant qu'ils étaient dans la maison ou qu'elle s'était trouvée dans l'automobile stationnée tout près. La juge Huddart a estimé que dans un cas comme dans l'autre, [TRADUCTION] « la preuve de proximité ou de présence rapprochée était suffisante » pour justifier la déclaration de culpabilité fondée sur le par. 85(1) (par. 36).

16 M. Steele en appelle devant nous de sa déclaration de culpabilité pour ce seul chef d'accusation.

III

17 Le paragraphe 85(1) du *Code criminel* dispose :

85. (1) Commet une infraction quiconque, qu'il cause ou non des lésions corporelles en conséquence ou qu'il ait ou non l'intention d'en causer, utilise une arme à feu :

a) soit lors de la perpétration d'un acte criminel qui ne constitue pas une infraction visée aux articles 220 (négligence criminelle entraînant la mort), 236 (homicide involontaire coupable), 239 (tentative de meurtre), 244 (fait de causer intentionnellement des lésions corporelles — arme à feu), 272 (agression sexuelle armée) ou 273 (agression sexuelle grave), au paragraphe 279(1) (enlèvement) ou aux articles 279.1 (prise d'otage), 344 (vol qualifié) ou 346 (extorsion);

b) soit lors de la tentative de perpétration d'un acte criminel;

c) soit lors de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre un acte criminel.

18 Le paragraphe 85(1) a été adopté en 1977 dans le cadre d'un vaste programme législatif de « contrôle des armes à feu » visant à endiguer la prolifération

firearm-related crime: R.S.C. 1970, c. C-34, s. 83(1) (rep. & sub. S.C. 1976-77, c. 53, s. 3); *McGuigan v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 284, at pp. 316-17; *Krug v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 255, at p. 267. For first-time offenders, it carries a mandatory minimum sentence of imprisonment for one year, to be served consecutively to any other sentence imposed for the predicate offence.

19 It is well established that Parliament's objective in enacting this provision was to prevent the danger of serious injury or death associated with the use of firearms: *R. v. Covin*, [1983] 1 S.C.R. 725, at p. 729; *Krug*, at p. 267; *R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (2d) 138 (Ont. C.A.), at p. 146; *McGuigan*, at p. 313.

20 The Crown submits that s. 85 serves a second purpose as well: the prevention of victim intimidation and alarm. This view finds support in *McGuigan*, at p. 319; *Langevin*, at p. 146; *R. v. Belair* (1981), 24 C.R. (3d) 133 (Ont. C.A.), at p. 136; *R. v. Scott* (2000), 145 C.C.C. (3d) 52 (B.C.C.A.), *per* Braidwood J.A., at para. 43, aff'd on other grounds, [2001] 3 S.C.R. 425, 2001 SCC 73.

21 It is true that the Court, in *Covin*, expressly rejected the *prevention of alarm* objective. Imitation firearms, said the Court, were no less alarming or intimidating than real ones. Since Parliament had chosen not to target the use of imitation firearms, the prevention of alarm and intimidation could not have been contemplated by Parliament as an objective of s. 85 (*Covin*, at p. 729).

22 But *Covin* predated *Scott*, and Parliament in the interim amended s. 85 to include the use of imitation firearms. The Crown contends that this amendment was a legislative response to *Covin*, expressing Parliament's intention to include the prevention of victim alarm and psychological trauma as underlying objectives of s. 85, which must be read globally.

des crimes liés aux armes à feu : S.R.C. 1970, ch. C-34, par. 83(1) (abr. & rempl. S.C. 1976-77, ch. 53, art. 3); *McGuigan c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 284, p. 316-317; *Krug c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 255, p. 267. Dans le cas d'une première infraction, la peine minimale est d'un an d'emprisonnement purgé consécutivement à toute autre peine sanctionnant l'infraction sous-jacente.

Il est bien établi que l'objectif du législateur en adoptant cette disposition était de prévenir le risque de préjudice corporel grave ou de décès lié à l'utilisation d'une arme à feu : *R. c. Covin*, [1983] 1 R.C.S. 725, p. 729; *Krug*, p. 267; *R. c. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (2d) 138 (C.A. Ont.), p. 146; *McGuigan*, p. 313.

Le ministère public soutient que l'art. 85 a un deuxième objectif : prévenir l'intimidation des victimes et l'anxiété chez celles-ci. Sa prétention trouve appui dans les arrêts *McGuigan*, p. 319; *Langevin*, p. 146; *R. c. Belair* (1981), 24 C.R. (3d) 133 (C.A. Ont.), p. 136; *R. c. Scott* (2000), 145 C.C.C. (3d) 52 (C.A.C.-B.), le juge Braidwood, par. 43, conf. pour d'autres motifs par [2001] 3 R.C.S. 425, 2001 CSC 73.

Il est vrai que dans l'arrêt *Covin*, la Cour a expressément écarté la *prévention de l'anxiété* comme objectif de la disposition. À son avis, une imitation d'arme à feu n'était pas moins anxiogène ou intimidante qu'une vraie. Comme le Parlement avait choisi de ne pas viser l'utilisation d'une imitation d'arme à feu, il n'avait pu voir dans la prévention de l'intimidation des victimes et de l'anxiété chez celles-ci un objectif de l'art. 85 (*Covin*, p. 729).

Or, l'arrêt *Covin* est antérieur à l'arrêt *Scott*. Dans l'intervalle, le législateur a modifié l'art. 85 pour qu'il vise également l'utilisation d'une fausse arme à feu. Le ministère public prétend que cette modification apportée dans la foulée de l'arrêt *Covin* traduisait l'intention du législateur d'ajouter la prévention de l'anxiété et du traumatisme psychologique chez la victime aux objectifs de l'art. 85, lequel doit être interprété globalement.

I find this submission persuasive. The use of a firearm in the commission of a crime exacerbates its terrorizing effects, whether the firearm is real or a mere imitation. Indeed, they share that very purpose.

Je trouve l'argument convaincant. L'utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un crime en exacerbe l'effet terrorisant, que l'arme soit vraie ou fausse. Ce but précis demeure dans l'un et l'autre cas. 23

With respect to both imitation and operational weapons, the meaning of "uses a firearm" in s. 85 is informed by case law under its predecessors.

Tant pour la fausse arme à feu que pour celle qui fonctionne, l'interprétation de l'expression « utilise une arme à feu » employée à l'art. 85 doit tenir compte de la jurisprudence relative aux dispositions antérieures. 24

In *McGuigan*, for example, the central issue was whether *R. v. Quon*, [1948] S.C.R. 508, continued to apply despite the material differences between what was then s. 122(1) of the *Criminal Code* and its successor, s. 83(1) (now, in substance, s. 85). Section 122(1) provided that "[e]very one who has upon his person a rifle, shotgun, pistol, revolver or any firearm capable of being concealed upon the person while committing any criminal offence is guilty of an offence" and subject to a minimum of two years' imprisonment in addition to any penalty imposed for the underlying offence. Writing for the majority, Dickson J. (as he then was) explained that s. 83(1) was more narrowly phrased than s. 122(1) to underscore its concern with the actual *use* of a firearm, as opposed to its mere physical possession, which sufficed to support a conviction under s. 122(1) (pp. 317-18).

Dans l'affaire *McGuigan*, par exemple, la question fondamentale était celle de savoir si l'arrêt *R. c. Quon*, [1948] R.C.S. 508, continuait de s'appliquer malgré les différences importantes entre le par. 122(1) du *Code criminel* d'alors et la disposition qui l'avait remplacé, le par. 83(1) (l'actuel art. 85, essentiellement). Le paragraphe 122(1) prévoyait que « [q]uiconque a sur soi une carabine, un fusil de chasse, un pistolet, un revolver ou quelque arme à feu qui peut être dissimulée sur la personne pendant qu'il commet un acte criminel est coupable d'une infraction » et passible d'au moins deux ans d'emprisonnement en sus de toute peine infligée pour l'infraction sous-jacente. Au nom des juges majoritaires, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a expliqué que le libellé du par. 83(1) était plus restrictif que celui du par. 122(1) pour souligner sa préoccupation concernant l'*utilisation* réelle d'une arme à feu, par opposition à sa simple possession, qui suffisait pour fonder une déclaration de culpabilité suivant le par. 122(1) (p. 317-318). 25

Three years later, in *Krug*, at p. 263, the Court held that possession alone could not support a conviction under s. 85. And it has at least since then been settled law that carrying a concealed weapon while committing an offence is not "using" a firearm within the meaning of s. 85(1): *R. v. Chang* (1989), 50 C.C.C. (3d) 413 (B.C.C.A.); *R. v. Gagnon* (1995), 86 O.A.C. 381.

Trois ans plus tard, dans l'arrêt *Krug*, la Cour a statué que la seule possession ne pouvait fonder une déclaration de culpabilité en application de l'art. 85 (p. 263). Et il est bien établi en droit, du moins depuis lors, que celui qui porte une arme dissimulée lors de la perpétration d'une infraction ne l'« utilise » pas au sens du par. 85(1) : *R. c. Chang* (1989), 50 C.C.C. (3d) 413 (C.A.C.-B.); *R. c. Gagnon* (1995), 86 O.A.C. 381. 26

"Use" has been held to include *discharging* a firearm (*R. v. Switzer* (1987), 32 C.C.C. (3d) 303 (Alta. C.A.)), *pointing* a firearm (*R. v. Griffin* (1996), 111 C.C.C. (3d) 567 (B.C.C.A.)), "pulling out a firearm

Les tribunaux ont statué qu'« utiliser » une arme à feu s'entendait de la *décharger* (*R. c. Switzer* (1987), 32 C.C.C. (3d) 303 (C.A. Alb.)), de la *braquer* (*R. c. Griffin* (1996), 111 C.C.C. (3d) 567 27

which the offender has upon his person and holding it in his hand to intimidate another" (*Langevin*, at p. 145, citing *Rowe v. The King*, [1951] S.C.R. 713, at p. 717; see also *Krug*, at p. 265), and *displaying* a firearm for the purpose of intimidation (*R. v. Neufeld*, [1984] O.J. No. 1747 (QL) (C.A.)). In *Gagnon*, the court indicated in passing that "use of firearm" may include revealing its presence by word or deed.

28 It is thus settled law that use and mere possession (or "being armed") are not synonymous. But courts have almost invariably determined on a case-by-case basis whether the conduct alleged in each instance amounted to use of the firearm in question. They cannot be said to have articulated a principled test that fully captures the type of conduct that rises to the level of "use" within the meaning of s. 85(1).

29 The judgment of the British Columbia Court of Appeal in *Chang*, however, does shed some light on the nature of the distinction between use and mere possession in this context. In concurring reasons, Carrothers J.A. held in *Chang* that "uses" within the meaning of s. 85(1) "bears the clear connotation of the actual carrying into action, operation or effect", which is to be distinguished from being armed or possessing a firearm which "connote merely a latent capability of 'use', rather than actual 'use'" (p. 422).

30 The U.S. Supreme Court reached a like conclusion in *Bailey v. United States*, 516 U.S. 137 (1995), which concerned the meaning of "use" in § 924(c)(1) of 18 U.S.C. — a provision similar to s. 85(1) of the *Criminal Code*. Speaking for the court in *Bailey*, Justice O'Connor found that "use" requires more than mere possession and that evidence of proximity and accessibility of a firearm was insufficient to support a conviction for its use under the statute. To establish use, she stated, "the Government must show active employment of the firearm" (p. 144 (emphasis added)). She later stated:

(C.A.C.-B.)), [TRADUCTION] « pour un contrevenant, de la sortir alors qu'il l'a sur lui et de l'avoir à la main pour intimider autrui » (*Langevin*, p. 145, citant *Rowe c. The King*, [1951] R.C.S. 713, p. 717; voir également *Krug*, p. 265) et de l'*exhiber* pour intimider (*R. c. Neufeld*, [1984] O.J. No. 1747 (QL) (C.A.)). Dans l'arrêt *Gagnon*, la Cour d'appel a indiqué au passage qu'« utiliser une arme à feu » pouvait s'entendre de révéler sa présence par ses propos ou ses gestes.

Il est donc bien établi en droit qu'utiliser une arme à feu n'est pas synonyme de l'avoir simplement en sa possession (ou d'en « être muni »). Cependant, les tribunaux ont presque toujours décidé au cas par cas si l'acte considéré dans une affaire équivalait à utiliser une arme à feu. L'on ne saurait dire qu'ils ont formulé un critère permettant de bien cerner les actes qui emportent l'« utilisation » d'une arme à feu au sens du par. 85(1).

L'arrêt *Chang*, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, permet toutefois de mieux saisir la différence entre l'utilisation et la simple possession dans ce contexte. Dans ses motifs concordants, le juge Carrothers conclut que le mot « utilise » employé au par. 85(1) [TRADUCTION] « a une connotation claire de mise en action, en fonction ou en marche réelle », ce qui doit être distingué d'avec le fait d'être muni d'une arme ou de l'avoir en sa possession, qui [TRADUCTION] « connote une utilisation simplement possible, et non réelle » (p. 422).

Dans l'affaire *Bailey c. United States*, 516 U.S. 137 (1995), la Cour suprême des États-Unis a tiré une conclusion semblable concernant le sens du mot « *use* » (utilisation) employé à l'art. 924c)(1), 18 U.S.C. — une disposition comparable au par. 85(1) du *Code criminel*. Au nom de la Cour, la juge O'Connor a statué que le terme exigeait davantage que la simple possession et que la preuve de la proximité de l'arme à feu et de l'accessibilité à celle-ci ne permettait pas de déclarer une personne coupable de l'avoir utilisée au sens de la loi. Elle a précisé que pour établir l'utilisation, [TRADUCTION] « l'État doit prouver l'emploi actif de l'arme à feu » (p. 144 (je souligne)). Elle a ajouté plus loin :

The active-employment understanding of "use" certainly includes brandishing, displaying, bartering, striking with, and, most obviously, firing or attempting to fire a firearm. We note that this reading compels the conclusion that even an offender's reference to a firearm in his possession could satisfy §924(c)(1). Thus, a reference to a firearm calculated to bring about a change in the circumstances of the predicate offense is a "use," just as the silent but obvious and forceful presence of a gun on a table can be a "use." [p. 148]

These observations are entirely consistent with the ordinary and accepted meaning of "use". And the Court has recognized that the ordinary meaning of "use" (or "*utilise*", in the corresponding French version of a statute) can be discerned from its dictionary definitions in both languages. In determining the meaning of *utiliser*, albeit in a different context, the Court adopted its definition in the *Petit Robert*, which includes [TRANSLATION] "render useful [or] employ for a specific purpose" (*Veilleux v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 839, at p. 854). This definition, the Court found, "implies both the idea of activity and the idea of an ultimate purpose". Similarly, the *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004) defines "use" as "employ (something) for a particular purpose . . . [or] exploit (a person or thing) for one's own ends". Likewise, according to *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990), "use" means "make use of; to convert to one's service; to employ; to avail oneself of; to utilize; to carry out a purpose or action by means of; to put into action or service, especially to attain an end" (emphasis added).

In the absence of a statutory definition, I would therefore hold that an offender "uses" a firearm, within the meaning of s. 85(1), where, to facilitate the commission of an offence or for purposes of escape, the offender reveals by words or conduct the *actual presence* or *immediate availability* of a firearm. The weapon must then be in the physical possession of the offender or readily at hand.

Where two or more offenders are acting in concert, the usual rules of complicity apply: *McGuigan*, at pp. 307-8. It will therefore be sufficient, where

[TRADUCTION] « Utiliser » une arme à feu au sens de l'employer activement s'entend certainement du fait de la brandir, de l'exhiber, de l'échanger, de s'en servir pour frapper et, bien évidemment, de faire feu ou de tenter de le faire. Force est donc de conclure que même la mention par le contrevenant d'une arme à feu en sa possession pourrait satisfaire aux exigences de l'art. 924c)(1). Ainsi, la mention d'une arme à feu dans le but de modifier les circonstances de l'infraction sous-jacente constitue une « utilisation », tout comme peut l'être sa présence silencieuse, mais perceptible et menaçante, sur une table. [p. 148]

31 Ces observations sont tout à fait compatibles avec le sens ordinaire et courant du verbe « utiliser » (« *use* », dans la version anglaise correspondante), et la Cour a reconnu que ce sens peut se dégager des définitions du dictionnaire dans l'une et l'autre langues. Pour déterminer le sens du verbe « utiliser », quoique dans un contexte différent, la Cour a retenu la définition du *Petit Robert* : « rendre utile [ou] faire servir à une fin précise » (*Veilleux c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 839, p. 854). Elle a opiné que cette définition « implique une notion d'activité ainsi qu'une notion de finalité ». Aussi, le *Canadian Oxford Dictionary* (2e éd. 2004) définit le verbe « *use* » (utiliser) comme suit : [TRADUCTION] « employer (une chose) à une fin précise . . . [ou] exploiter (une personne ou une chose) à ses propres fins ». De même, suivant le *Black's Law Dictionary* (6e éd. 1990), ce verbe s'entend de [TRADUCTION] « faire usage, convertir à son service, employer, se servir, tirer parti, exécuter par un moyen ou faire entrer en action ou en service, en particulier pour obtenir un résultat » (je souligne).

32 À défaut d'une définition dans la loi, je suis d'avis qu'un contrevenant « utilise » une arme à feu au sens du par. 85(1) lorsque, pour faciliter la perpétration d'un crime ou pour prendre la fuite, il révèle par ses propos ou ses gestes la *présence réelle* d'une arme à feu ou sa *disponibilité immédiate*. Le contrevenant doit alors avoir l'arme en sa possession physique ou à portée de main.

33 Lorsque plusieurs contrevenants agissent de concert, les règles habituelles de la complicité s'appliquent : *McGuigan*, p. 307-308. Si l'un d'eux

one of the offenders is in physical possession of a firearm or has immediate access to it, for another to utter the firearm-related threat.

34 In my view, this understanding of "use" reflects the two underlying purposes of s. 85. As we have seen, moreover, the U.S. Supreme Court in *Bailey* adopted a similar "active employment" test in a similar statutory context.

35 I take care to add that this test does not bring within s. 85(1) of the *Criminal Code* *any* threat — including an *idle* threat — that refers to a firearm. Use, at least in this regard, is a matter of fact, not fiction. Section 85(1) does not capture the threatened use of a non-existent firearm. However effective and objectionable, it is the *threat* in that case that is "used", and not a *firearm*. Moreover, had Parliament intended to capture idle threats under s. 85(1), it would have said so expressly, as it did in ss. 267 and 272 of the *Criminal Code*.

36 And finally, on this branch of the matter, a brief word on the approach adopted by the Court of Appeal. In affirming the appellant's conviction, the court found in this case that the requirement of "use" under s. 85(1) is satisfied by evidence that the weapon was "proximate for future use".

37 With respect, I would not adopt that test for two reasons. First, because it provides no real measure — or even indication — of the *degree of proximity* required to found guilt: Trial courts are left to determine on their own, without a meaningful test, *how near* to the commission of the predicate offence, in space and time, the weapon must be in order for the requirement of use to be satisfied. Second, because I believe that "proximate for future use" casts the net too wide. Section 85(1) is concerned with situations where the firearm is at the ready for *present* rather than *future* use.

est en possession physique d'une arme à feu ou y a immédiatement accès, il suffit donc qu'un autre profère la menace s'y rapportant.

Cette interprétation du mot « utilise » tient compte selon moi des deux objectifs qui sous-tendent l'art. 85. Et comme nous l'avons vu, dans l'arrêt *Bailey*, la Cour suprême des États-Unis a adopté le critère semblable de l'« emploi actif » dans un contexte législatif semblable.

J'ajoute que ce critère n'a pas pour effet de faire tomber sous le coup du par. 85(1) du *Code criminel* *n'importe quelle* menace (p. ex., une menace *en l'air*) liée à une arme à feu. L'utilisation exige, du moins à cet égard, que l'existence de l'arme à feu soit réelle, et non fictive. Le paragraphe 85(1) ne s'applique pas à la menace d'utiliser une arme à feu inexistante. Aussi efficace et répréhensible qu'elle soit, c'est la *menace* qui est alors « utilisée », et non une *arme à feu*. De plus, si le législateur avait voulu faire tomber la menace en l'air sous le coup du par. 85(1), il l'aurait dit clairement comme aux art. 267 et 272 du *Code criminel*.

Pour conclure sur ce point, je me permets de brèves remarques sur l'interprétation préconisée en l'espèce par la Cour d'appel. En confirmant la déclaration de culpabilité de l'appelant, elle a en effet conclu qu'il y avait « utilisation » pour les besoins du par. 85(1) s'il était établi que l'arme se trouvait [TRADUCTION] « à proximité en vue d'une utilisation ultérieure ».

Avec égards, j'écarterais ce critère pour deux raisons. Premièrement, il n'offre aucune précision — ni même d'indication — sur le *degré de proximité* requis pour justifier une déclaration de culpabilité : les tribunaux de première instance doivent déterminer, sans disposer d'un véritable critère, *à quelle distance* du lieu de perpétration de l'infraction sous-jacente l'arme doit se trouver, dans l'espace et dans le temps, pour qu'il y ait utilisation. Deuxièmement, j'estime que la notion de « proximité en vue d'une utilisation ultérieure » est trop large. Le paragraphe 85(1) vise la situation où l'arme à feu est prête pour une utilisation *immédiate*, et non *ultérieure*.

IV

In this case, *while committing the break and enter*, the intruders referred repeatedly to a firearm in their physical possession or readily at hand. And they did so to facilitate the commission of that offence. They therefore employed the weapon actively, or "used" it, within the meaning of s. 85(1) of the *Criminal Code*.

The appellant concedes that active employment of a firearm includes an oral reference to it, but submits that one must also be armed with that weapon to be convicted under s. 85(1). He argues, however, that no firearm was found to have been brought into the home, and he urges us for that reason to quash his conviction under s. 85(1) and to enter an acquittal instead.

On the record before us, this assertion fails. The trial judge did not expressly explain in her reasons, which were delivered orally, her understanding of the word "use" in s. 85(1). But the basis of her conclusion is nonetheless clear from her reasons, read as a whole and in the light of the submissions of counsel. The trial judge was evidently satisfied that the firearm later seized in the getaway car was brought into the Reid home by one of the intruders, and remained in the physical possession of that intruder, or another, during the break and enter.

I turn first to the submissions of counsel. The appellant's guilt on the count under s. 85(1) was made by both sides to depend entirely on whether the prosecution had established beyond a reasonable doubt that the gun was brought into the dwelling-house. Defence counsel acknowledged that there was evidence that gun use was threatened, but submitted that there was no evidence establishing that a gun had been brought into the home by any of the intruders; Crown counsel, on the other hand, argued that a conviction should be entered because the evidence proved beyond a reasonable doubt that the gun was indeed brought into the home to the knowledge of the appellant.

IV

38 En l'espèce, *lors de la perpétration de l'introduction par effraction*, les intrus ont maintes fois fait mention d'une arme à feu en leur possession physique ou à portée de main. Ils l'ont fait pour faciliter la perpétration de l'infraction. Ils ont donc employé l'arme activement ou l'ont « utilisée » au sens du par. 85(1) du *Code criminel*.

39 S'il reconnaît qu'employer activement une arme à feu comprend le fait d'en faire mention de vive voix, l'appelant soutient qu'il faut également être muni de l'arme pour qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité sur le fondement du par. 85(1). Or, il n'aurait pas été établi qu'une arme à feu avait été apportée dans la maison. Il nous exhorte donc à annuler sa déclaration de culpabilité fondée sur le par. 85(1) et à y substituer un verdict d'acquittement.

40 Le dossier dément cette prétention. Dans ses motifs oraux, la juge du procès n'a pas précisé son interprétation du terme « utilise » (« *uses* ») employé au par. 85(1). Mais le fondement de sa conclusion ressort néanmoins de ses motifs considérés dans leur ensemble et à la lumière de l'argumentation des avocats. La juge du procès était de toute évidence convaincue que l'arme à feu saisie plus tard dans le véhicule de fuite avait été apportée dans la demeure des Reid par l'un des intrus et qu'elle était demeurée en la possession physique de ce dernier ou d'un complice pendant l'introduction par effraction.

41 Examinons d'abord les prétentions des avocats. Pour les deux parties, l'appelant ne pouvait être déclaré coupable de l'infraction prévue au par. 85(1) que si la poursuite établissait hors de tout doute raisonnable que l'arme avait été apportée dans la maison d'habitation. La défense a reconnu qu'il existait une preuve de la menace d'utiliser une arme à feu, mais non de la présence d'une arme à feu apportée dans la maison par l'un ou l'autre des intrus. La poursuite a soutenu pour sa part qu'une déclaration de culpabilité s'imposait, car la preuve établissait hors de tout doute raisonnable que l'arme avait bel et bien été apportée dans la maison au su de l'appelant.

42 Faced with these conflicting positions on the only live issue, the trial judge expressly agreed "with the Crown that the four individuals formed a common intention to carry out a break and enter and that there was a gun involved to the knowledge of all four" (para. 56 (emphasis added)). She rested this conclusion largely on the number and nature of the intruders' references to their gun and on its discovery in their getaway car within minutes after they had fled.

43 Read in this context, the reasons of the trial judge make plain that she contemplated and rejected the possibility that the gun had been left in the getaway car by the appellant and his accomplices. Had the trial judge instead thought that the requisite element of "use" had been made out by the mere presence of the weapon in the nearby car, she would hardly have found it necessary to *explain* or *infer* such use in view of the direct and incontrovertible evidence to that effect. Yet, that is what she felt bound to do — not necessarily because she thought the presence of the gun in the car failed to establish its use during the break and enter, but because its presence in the house necessarily did. And in that regard, the trial judge committed no reviewable error of fact and she was certainly correct in law.

44 Subsidiarily, we are urged by the appellant to conclude, if we are satisfied that the trial judge did find that the gun was brought into the house, that she misapprehended the Crown's burden of proof in deciding as she did. Instead of applying the correct standard — proof beyond a reasonable doubt — the trial judge rested her conclusion, according to the appellant, on the less demanding standards of "most reasonable inference" and "most logical explanation".

45 This submission, like the first, fails on a fair reading of the trial judge's reasons as a whole. It is true that she referred to the "most logical explanation" and "most reasonable inference". But she

Devant ces thèses contradictoires concernant la seule question à trancher, la juge du procès a expressément convenu [TRADUCTION] « avec le ministère public que les quatre personnes avaient formé ensemble le projet de commettre l'introduction par effraction et qu'une arme à feu était en cause au su de toutes » (par. 56 (je souligne)). Elle a fondé en grande partie sa conclusion sur le nombre et la nature des mentions de l'arme par les intrus ainsi que sur la découverte de celle-ci quelques minutes plus tard dans le véhicule intercepté.

Interprétés dans ce contexte, les motifs de la juge du procès indiquent clairement qu'elle a envisagé la possibilité que l'appelant et ses complices aient laissé l'arme dans le véhicule de fuite, mais qu'elle l'a écartée. Si elle avait estimé qu'il y avait eu « utilisation » du seul fait de la présence de l'arme à feu dans la voiture stationnée tout près, elle n'aurait vraisemblablement pas jugé nécessaire d'*expliquer* ou d'*inférer* une telle utilisation vu la preuve directe et irréfutable en ce sens. C'est pourtant ce qu'elle a cru devoir faire — pas nécessairement parce qu'elle estimait que la présence de l'arme dans la voiture n'établissait pas qu'elle avait été utilisée lors de l'introduction par effraction, mais parce que sa présence dans la maison l'établissait forcément. Et à cet égard, la juge du procès n'a commis aucune erreur de fait donnant ouverture au contrôle judiciaire et elle a certainement appliqué correctement le droit.

Subsidiairement, l'appelant nous exhorte à conclure, si nous sommes convaincus que la juge du procès a effectivement déterminé que l'arme avait été apportée dans la maison, qu'elle s'est méprise sur le fardeau de preuve du ministère public. Au lieu d'appliquer la bonne norme — la preuve hors de tout doute raisonnable — la juge du procès aurait, selon l'appelant, fondé sa conclusion sur les normes moins strictes de [TRADUCTION] « l'inférence la plus raisonnable » et de [TRADUCTION] « l'explication la plus logique ».

Tout comme la première, cette prétention ne résiste pas à l'interprétation objective de l'ensemble des motifs. Certes, la juge du procès a parlé de [TRADUCTION] « l'explication la plus logique »

did so in evaluating the competing submissions of counsel which I have already mentioned.

Essentially, the trial judge was invited by counsel to rest her decision on whether she was persuaded beyond a reasonable doubt that the intruders had brought their gun into the house. The language she used in making this determination does invite scrutiny, but I am satisfied after considering it carefully that it was merely intended to signify that the trial judge agreed with the Crown and not with the defence.

As noted earlier, she said so expressly, and I cannot reconcile this explicit statement with the appellant's submission that the trial judge mistakenly thought that the Crown needed only to establish that guilt was the most reasonable inference. The Crown never said that, and the trial judge, in agreeing with the Crown, cannot be understood to have thought that. On the contrary, the Crown set out its burden of proof impeccably and the trial judge, in concluding that the Crown had in fact discharged its burden, cannot have had a different and lesser burden in mind.

Any residual concern in this regard is in my view dissipated by the fact that the trial judge, dealing with the attempted break and enter, earlier set out correctly the applicable burden in these terms: "the circumstantial evidence is consistent with guilt and there is no other reasonable inference that could be drawn" (para. 16). She again set out the applicable standard later in her reasons, when she stated specifically that she was *satisfied beyond a reasonable doubt* of the appellant's guilt with respect to all other charges (para. 59).

Finally, the appellant submits, in effect, that the trial judge made an overriding and palpable error in concluding on the strength of insufficient evidence that the firearm was used in committing the break and enter — and that the appellant's conviction under s. 85(1) therefore amounts to an unreasonable verdict.

et de [TRADUCTION] « l'inférence la plus raisonnable », mais elle l'a fait en soupesant les thèses contradictoires des avocats dont j'ai déjà fait état.

46 Essentiellement, les avocats ont invité la juge du procès à trancher selon qu'elle était convaincue hors de tout doute raisonnable que les intrus avaient apporté leur arme à feu dans la maison, ou qu'elle ne l'était pas. Les termes qu'elle a employés en statuant commandent certes une grande attention, mais après les avoir examinés attentivement, je suis convaincu qu'ils indiquent simplement qu'elle a donné raison au ministère public, et non à la défense.

47 Je rappelle qu'elle l'a dit expressément, et je ne peux concilier cette mention explicite avec la prétention de l'appelant selon laquelle la juge du procès aurait cru à tort qu'il suffisait au ministère public d'établir que la culpabilité constituait l'inférence la plus raisonnable. Le ministère public ne l'a jamais prétendu, et l'on ne peut conclure que la juge du procès l'a cru parce qu'elle a donné raison à la poursuite. Le ministère public a au contraire énoncé son fardeau de preuve de manière irréprochable, et lorsqu'elle a conclu qu'il s'en était acquitté, la juge du procès n'a pu avoir eu en tête un fardeau moindre.

48 Tout doute supplémentaire à cet égard est à mon avis dissipé par le fait que la juge du procès avait auparavant énoncé correctement le fardeau de preuve applicable à la tentative d'introduction par effraction : [TRADUCTION] « la preuve circonstancielle est compatible avec la culpabilité, et aucune autre inférence raisonnable ne pourrait être tirée » (par. 16). Plus loin dans ses motifs, elle a énoncé de nouveau la norme applicable, affirmant précisément qu'elle était *convaincue hors de tout doute raisonnable* de la culpabilité de l'appelant à l'égard de tous les autres chefs d'accusation (par. 59).

49 Enfin, l'appelant soutient que la juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante en concluant, sur la foi d'une preuve insuffisante, que l'arme à feu avait été utilisée lors de la perpétration de l'introduction par effraction, de sorte que la déclaration de culpabilité fondée sur le par. 85(1) constitue un verdict déraisonnable.

50 In determining whether a trial judge's verdict is reasonable, an appellate court cannot substitute its own view of the facts for that of the judge. Accordingly, the question is not whether *we* would have drawn the inference that the gun was brought into the house, but rather whether that inference drawn by the trial judge, was reasonably supported by the evidence before her. In my view, it was.

51 While in the Reid home, the intruders referred repeatedly to the fact that they had a gun — "We have a gun" said one intruder, "Get the gun out" said another — and a gun was indeed found *minutes later* underneath the driver's seat in the getaway car. They thought they were breaking into a marijuana grow operation, with all of its attendant risks. They hoped to find it unguarded but, before entering, armed themselves nonetheless with a hammer. It "defies logic", as the Crown says, to conclude that the intruders left behind in the car the loaded gun they had brought with them in setting out on their risky criminal adventure.

52 I do not think it unreasonable to infer from these facts and from the attendant circumstances that the intruders brought the gun with them *into the home* and that it was in the physical possession of one of them, to the knowledge of all, during the commission of the break and enter. I thus see no proper basis for interfering with the trial judge's finding that the firearm was "used", within the meaning of s. 85(1), during the commission of the break and enter.

53 I attach no importance to the absence of a finding that the appellant personally brought the gun into the house, or physically possessed it, or personally uttered the threats. In *McGuigan*, the Court held that s. 21 of the *Criminal Code* applies to s. 85(1) (pp. 307-8). Given the trial judge's finding that "the four individuals formed a common intention to carry out a break and enter and that there was a gun involved to the knowledge of all four" (para. 56 (emphasis added)), the appellant is clearly a party to the s. 85(1) offence committed in concert by the four intruders.

Lorsqu'il est appelé à déterminer si la décision du juge du procès est raisonnable, le tribunal d'appel ne peut substituer sa propre appréciation des faits à celle du juge. La question n'est donc pas de savoir si *nous* aurions inféré que l'arme avait été apportée dans la maison, mais bien celle de savoir si cette inférence de la juge du procès était raisonnablement étayée par la preuve. J'estime qu'elle l'était.

Chez les Reid, les intrus ont dit maintes fois avoir une arme — « Nous sommes armés », a dit l'un, « Sors l'arme », a dit l'autre — et une arme à feu a effectivement été trouvée *quelques minutes plus tard* sous le siège du conducteur du véhicule de fuite. Ils croyaient s'introduire dans une culture de marijuana, avec tous les risques que cela comporte. Ils espéraient la trouver sans surveillance, mais, avant d'entrer, ils se sont néanmoins munis d'un marteau. Le ministère public soutient qu'il serait « illogique » de conclure que les intrus ont laissé dans la voiture l'arme à feu chargée qu'ils avaient apportée pour les besoins de leur entreprise criminelle risquée.

Je ne crois pas qu'il soit déraisonnable de conclure de ces faits et des autres circonstances que les intrus ont apporté l'arme *dans la maison* et que l'un d'eux l'a eue en sa possession physique, au su de tous, pendant l'introduction par effraction. Je ne vois donc aucune raison valable de modifier la conclusion de la juge du procès selon laquelle l'arme à feu a été « utilisée » au sens du par. 85(1) lors de la perpétration du crime.

Je n'accorde aucune importance à l'absence de conclusion que l'appelant a personnellement apporté l'arme dans la maison, qu'il l'a eue en sa possession physique ou qu'il a lui-même proféré les menaces. Dans l'arrêt *McGuigan*, la Cour a statué que l'art. 21 du *Code criminel* s'applique au par. 85(1) (p. 307-308). Vu la conclusion de la juge du procès selon laquelle [TRADUCTION] « les quatre personnes avaient formé ensemble le projet de commettre l'introduction par effraction et [. . .] une arme à feu était en cause au su de toutes » (par. 56 (je souligne)), l'appelant a clairement participé à l'infraction — créée au par. 85(1) — perpétrée de concert par les quatre intrus.

V

I conclude with this observation.

We are dealing in this case with a break and enter committed by several intruders acting in concert. Even if they had left their charged firearm in the getaway car when they entered the Reid home, any one of them could easily have slipped away momentarily to retrieve it from the car, parked just outside, *without interrupting the commission of the offence.*

In these circumstances, applying the test I have set out, the trial judge could have properly concluded that the intruders used the firearm, within the meaning of s. 85(1) of the *Criminal Code*, even if they did not have it in their physical possession while in the Reid home.

As I have mentioned, however, the trial judge was not asked by the Crown to convict the appellant on that basis. Understandably, and quite properly, she convicted him instead on the case as pleaded before her and for the reasons set out in her judgment.

It is therefore unnecessary to consider whether the appellant could have been found guilty on a different basis as well.

VI

For all of these reasons, I would affirm the appellant's conviction under s. 85(1) of the *Criminal Code* and dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Rankin & Bond, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener: Attorney General of Ontario, Toronto.

V

Pour conclure, j'ajoute quelques remarques. 54

Nous avons affaire en l'espèce à une introduction par effraction perpétrée par plusieurs individus agissant de concert. Même si avant d'entrer chez les Reid, ils avaient laissé leur arme à feu chargée dans le véhicule de fuite stationné tout près, il aurait été facile à n'importe lequel d'entre eux de sortir la chercher *sans interrompre la perpétration de l'infraction.* 55

Dans ces circonstances, si elle avait appliqué le critère énoncé précédemment, la juge du procès aurait pu conclure à bon droit que les intrus avaient utilisé l'arme à feu au sens du par. 85(1) du *Code criminel*, même s'ils ne l'avaient pas eue en leur possession physique chez les Reid. 56

Toutefois, je le rappelle, le ministère public n'a pas demandé que l'appelant soit déclaré coupable sur ce fondement. C'est pourquoi la juge du procès l'a plutôt à bon droit déclaré coupable au regard des plaidoiries et pour les motifs énoncés dans son jugement. 57

Il n'est donc pas nécessaire de se demander si l'appelant aurait pu également être déclaré coupable sur un autre fondement. 58

VI

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de confirmer la déclaration de culpabilité de l'appelant fondée sur le par. 85(1) du *Code criminel* et de rejeter le pourvoi. 59

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Rankin & Bond, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Euro-Excellence Inc. *Appellant*

v.

Kraft Canada Inc., Kraft Foods Schweiz AG and Kraft Foods Belgium SA *Respondents*

and

Retail Council of Canada and Alliance of Manufacturers & Exporters Canada *Interveners*

INDEXED AS: EURO-EXCELLENCE INC. *v.* KRAFT CANADA INC.

Neutral citation: 2007 SCC 37.

File No.: 31327.

2007: January 16; 2007: July 26.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Intellectual property — Copyright — Infringement — Secondary infringement — Exclusive licences — Exclusive Canadian distributor of imported chocolate bars bringing copyright infringement action against unauthorized distributor of bars after logos were registered in Canada as copyrighted artistic works — Whether Canadian distributor can establish hypothetical primary infringement — Whether chocolate bar can be copyrighted because of protected works appearing on its wrapper — Whether accessories or incidental works exempted from copyright protection — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 27(2)(e).

KCI is the exclusive Canadian distributor of Côte d'Or and Toblerone chocolate bars in Canada for its parent companies KFB and KFS. Notwithstanding the exclusivity agreements, Euro continued to import and distribute Côte d'Or and Toblerone bars which it had acquired in Europe. In 2002, in order to allow KCI to mount the present case, KFB registered three Côte

Euro-Excellence Inc. *Appelante*

c.

Kraft Canada Inc., Kraft Foods Schweiz AG et Kraft Foods Belgium SA *Intimées*

et

Conseil canadien du commerce de détail et Alliance des manufacturiers et des exportateurs du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : EURO-EXCELLENCE INC. *c.* KRAFT CANADA INC.

Référence neutre : 2007 CSC 37.

N° du greffe : 31327.

2007 : 16 janvier; 2007 : 26 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Violation du droit d'auteur — Violation à une étape ultérieure — Licences exclusives — Distributeur exclusif canadien de tablettes de chocolat importées intentant une action pour violation du droit d'auteur contre un distributeur non autorisé de ces tablettes après que des logos eurent été enregistrés au Canada comme étant des œuvres artistiques protégées par le droit d'auteur — Le distributeur canadien peut-il établir l'existence d'une violation initiale hypothétique? — Une tablette de chocolat peut-elle faire l'objet d'un droit d'auteur en raison de la présence d'œuvres protégées sur son emballage? — Les éléments ou les œuvres accessoires sont-ils soustraits à la protection du droit d'auteur? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 27(2)e).

KCI est le distributeur exclusif au Canada des tablettes de chocolat Côte d'Or et Toblerone fabriquées par ses sociétés mères KFB et KFS. Malgré les contrats d'exclusivité, Euro a continué d'importer et de mettre en circulation des tablettes de chocolat Côte d'Or et Toblerone qu'elle avait achetées en Europe. En 2002, afin de permettre à KCI de monter le présent dossier,

d'Or logos in Canada as copyrighted artistic works and granted KCI an exclusive licence in the works as used in association with confectionary products. KFS did the same with two Toblerone logos. KCI then called upon Euro to cease and desist distribution of any product to which the copyrighted works were affixed. When Euro refused, KCI brought an action against Euro alleging that it had engaged in secondary infringement under s. 27(2) of the *Copyright Act* by importing copies of KFS and KFB's copyrighted works into Canada for sale or distribution. KCI does not rely on its rights as a trade-mark holder. At trial, KCI was awarded $300,000 in damages and Euro was restrained from selling, distributing, exposing or offering for sale any copies of the copyrighted logos. It was also ordered to render the product non-infringing. KCI's motion for reconsideration was refused. The Federal Court of Appeal refused an appeal on the merits, but referred the matter of damages back to the trial judge. On hearing further submissions, the trial judge confirmed his original award.

Held (McLachlin C.J. and Abella J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Binnie, Deschamps and Rothstein JJ.: The *Copyright Act* does not exempt incidental works from the protection of copyright, and it is not for this Court to create such an exemption. The rights and remedies provided by the *Copyright Act* are also exhaustive. All artistic works, including logos, receive the protection of copyright if they meet the requisite standards of "skill and judgment", and there is no dispute in this case that the logos in question are legitimate subjects of copyright. The *Copyright Act* does not support the introduction of a new equitable doctrine of "legitimate economic interest" to read down the legislation and to exclude logos on wrappers from the domain of copyright. In enacting s. 64(3)(*b*) of the Act, Parliament has authorized concurrent copyright and trade-mark protection for labels. Until Parliament provides otherwise, the courts are bound to conclude that a logo on a chocolate bar wrapper can receive concurrent trade-mark and copyright protection. [4-5] [7-8] [13]

KFB a enregistré au Canada trois logos de Côte d'Or en tant qu'œuvres artistiques protégées par le droit d'auteur, en plus de concéder à KCI une licence exclusive pour l'utilisation des œuvres en liaison avec des produits de confiserie. KFS a fait la même chose avec deux logos de Toblerone. KCI a ensuite mis Euro en demeure de cesser de distribuer tout produit sur lequel figuraient les œuvres protégées par le droit d'auteur. Devant le refus opposé par Euro, KCI a intenté contre celle-ci une action dans laquelle elle alléguait qu'Euro avait commis une violation à une étape ultérieure, au sens du par. 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*, en important des exemplaires d'œuvres protégées par le droit d'auteur appartenant à KFS et à KFB dans le but de les vendre ou de les mettre en circulation au Canada. KCI n'invoque pas ses droits en tant que titulaire de marques de commerce. Lors du procès, KCI a obtenu la somme de 300 000 $ à titre de dommages-intérêts et Euro s'est vu interdire de mettre en vente, mettre en circulation, exposer ou offrir en vente des exemplaires des logos protégés par le droit d'auteur. Elle s'est également vu ordonner d'empêcher que le produit ne constitue une contrefaçon du droit d'auteur. La requête en réexamen présentée par KCI a été rejetée. La Cour d'appel fédérale a rejeté un appel au fond, mais elle a renvoyé l'affaire au juge de première instance pour qu'il tranche la question des dommages-intérêts. Après avoir entendu des observations additionnelles, le juge de première instance a confirmé son ordonnance initiale.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et la juge Abella sont dissidentes) : Le pourvoi est accueilli.

Les juges Binnie, Deschamps et Rothstein : La *Loi sur le droit d'auteur* ne soustrait pas les œuvres accessoires à la protection du droit d'auteur, et il n'appartient pas à notre Cour de le faire. Les droits et recours que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur* sont également exhaustifs. Toutes les œuvres artistiques, y compris les logos, sont protégées par le droit d'auteur si elles satisfont aux normes requises du « talent et du jugement », et personne ne conteste en l'espèce que les logos en question sont légitimement visés par le droit d'auteur. La *Loi sur le droit d'auteur* ne justifie pas l'introduction d'une nouvelle théorie d'equity de l'« intérêt économique légitime » pour atténuer la portée de la mesure législative et pour exclure du champ d'application du droit d'auteur les logos figurant sur les emballages. En adoptant l'al. 64(3)*b*) de la Loi, le législateur a permis que les étiquettes bénéficient à la fois de la protection conférée par le droit d'auteur et de celle conférée par la marque de commerce. Jusqu'à ce qu'il prévoie le contraire, les tribunaux sont tenus de conclure que le logo apposé sur l'emballage d'une tablette de chocolat peut bénéficier à la fois de la protection conférée par la marque de commerce et de celle conférée par le droit d'auteur. [4-5] [7-8] [13]

This case turns on a straightforward application of s. 27(2)(*e*) of the *Copyright Act*. For KCI to succeed, it must show that Euro imported works that would have infringed copyright if they had been made in Canada by the persons who made them. However, this hypothetical primary infringement cannot be established in this case. KFB and KFS made the impugned copies of the works in Europe. They would not have infringed copyright if they had produced the Côte d'Or and Toblerone logos in Canada because they are, respectively, the owners of the Canadian copyright in those logos. Because a copyright owner cannot be liable to its exclusive licensee for infringement, there is no hypothetical infringement, and thus no violation of s. 27(2)(*e*) in this case by Euro. [14-15] [20] [23-24]

Section 27(2)(*e*) of the *Copyright Act*, read in context with the definitional and liability provisions, leads to the necessary conclusion that an exclusive licensee may sue third parties for infringement, but not the owner-licensor of the copyright. The exclusive licensee's only remedy against the owner-licensor lies in contract. Although the Act elevates exclusive licensees above mere licensees and permits exclusive licensees to acquire a limited property interest in the copyright, the treatment of exclusive licensees and assignees under the Act clearly manifests Parliament's intent to treat exclusive licensees differently from copyright owners and assignees. First, express statutory language puts assignees on an equal footing with copyright owners, but no similar language applies to exclusive licensees. Second, unlike assignees, the exclusive licensee lacks the capacity to sue for infringement without joining the owner-licensor as a party. Third, the language of s. 2.7 defining "exclusive licence" as an "authorization" suggests an interest short of ownership. Had Parliament wanted exclusive licensees to be able to sue the owner-licensor for infringement, it would have put exclusive licensees on an equal footing with assignees or given exclusive licensees this right in the words of the legislation. [15] [31] [34] [40-41] [48] [50]

Pour trancher le présent pourvoi, il faut simplement appliquer l'al. 27(2)*e*) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Pour avoir gain de cause, KCI doit démontrer qu'Euro a importé des œuvres qui auraient constitué une violation du droit d'auteur si elles avaient été produites au Canada par les personnes qui les ont produites. Toutefois, il n'est pas possible en l'espèce d'établir l'existence de cette violation initiale hypothétique. KFB et KFS ont produit les exemplaires contestés des œuvres en Europe. Elles n'auraient pas violé le droit d'auteur si elles avaient produit les logos de Côte d'Or et de Toblerone au Canada parce qu'elles sont, respectivement, les titulaires du droit d'auteur sur ces logos au Canada. Étant donné que le titulaire du droit d'auteur ne peut pas être responsable de la violation de ce droit envers son licencié exclusif, il n'y a en l'espèce aucune violation hypothétique et, partant, aucune contravention à l'al. 27(2)*e*) de la part d'Euro. [14-15] [20] [23-24]

Lorsque l'al. 27(2)*e*) de la *Loi sur le droit d'auteur* est interprété dans son contexte et conjointement avec les dispositions définitoires et celles relatives à la responsabilité, la conclusion qui s'impose est que le licencié exclusif peut intenter une action pour violation du droit d'auteur contre des tiers, mais non contre le titulaire-concédant du droit d'auteur. Le seul recours dont le licencié exclusif dispose contre le titulaire-concédant est une action fondée sur la responsabilité contractuelle. Bien que la Loi place les licenciés exclusifs au-dessus des simples licenciés et qu'elle leur permette d'acquérir un intérêt de propriété limité dans le droit d'auteur, le traitement que la Loi réserve aux licenciés exclusifs et aux cessionnaires traduit nettement l'intention du législateur de traiter les licenciés exclusifs différemment des titulaires du droit d'auteur et des cessionnaires. Premièrement, le législateur a expressément indiqué qu'il plaçait les cessionnaires sur un pied d'égalité avec les titulaires du droit d'auteur, mais il ne l'a pas fait en ce qui concerne les licenciés exclusifs. Deuxièmement, contrairement au cessionnaire, le licencié exclusif n'est pas habilité à intenter une action pour violation du droit d'auteur sans être constitué partie avec le titulaire-concédant. Troisièmement, en définissant la « licence exclusive » comme étant une « autorisation », l'art. 2.7 porte à croire qu'il est question d'un intérêt qui ne constitue pas un droit de propriété. Si le législateur avait voulu que le licencié exclusif puisse intenter une action pour violation du droit d'auteur contre le titulaire-concédant, il aurait placé les licenciés exclusifs sur un pied d'égalité avec les cessionnaires ou il aurait expressément accordé ce droit aux licenciés exclusifs dans le texte de la Loi. [15] [31] [34] [40-41] [48] [50]

Per Fish J.: There is agreement with Rothstein J.'s reasons, but, without so deciding, grave doubt was expressed as to whether the law governing the protection of intellectual property rights in Canada can be transformed into an instrument of trade control not contemplated by the *Copyright Act*, as KCI seeks to do. [56]

Per Bastarache, LeBel and Charron JJ.: The merely incidental presence of the copyrighted works on the wrappers of the chocolate bars does not bring the chocolate bars within the protections offered by the *Copyright Act*. Section 27(2) of the Act, which prohibits parallel importation into Canada of copyrighted works, cannot be used to prevent Euro from importing genuine Côte d'Or and Toblerone chocolate bars into Canada for the purpose of selling, renting, distributing or trading, on the basis that the logos are copyrighted. [57]

The *Copyright Act* ought to be interpreted with an eye to the internal coherence of its own scheme and consistently with the *Trade-marks Act*. Trade-mark law protects market share in commercial goods, whereas copyright protects the economic gains resulting from an exercise of skill and judgment. The law of copyright should not be used to protect market share if that requires contorting it outside its normal sphere of operation where the economic interest at stake is only tangentially related to the copyrighted work. [83]

Section 27(2) is meant to protect authors from the unauthorized appropriation of the gains of their authorship, but this protection does not extend to include any and all economic gains claimed by an author or copyright owner. If the work in question is merely incidental to another consumer good, and it is that consumer good which is being sold or distributed, or dealt with by way of trade, s. 27(2) cannot be invoked. It is only when it is the work itself which is the subject of the sale or other commercial dealing that it can properly be said that the section applies and its protection becomes available. Section 27(2) is not meant to protect manufacturers from the unauthorized importation of consumer goods on the basis of their having a copyrighted work affixed to their wrapper, this work being merely incidental to their value as consumer goods. The rights transferred to a licensee must be limited in the same way as those of the original creator of the work to the legitimate

Le juge Fish : Il y a accord avec les motifs du juge Rothstein, mais, sans trancher cette question, un doute sérieux est exprimé quant à la possibilité de transformer, comme KCI cherche à le faire, le droit régissant la protection de la propriété intellectuelle au Canada en un instrument de contrôle du commerce qui n'est pas envisagé par la *Loi sur le droit d'auteur*. [56]

Les juges Bastarache, LeBel et Charron : La présence simplement accessoire des œuvres protégées sur les emballages des tablettes de chocolat ne rend pas applicables à ces dernières les protections offertes par la *Loi sur le droit d'auteur*. Le paragraphe 27(2) de la Loi, qui interdit l'importation parallèle au Canada d'œuvres protégées par le droit d'auteur, ne peut pas être invoqué pour empêcher Euro d'importer au Canada de véritables tablettes de chocolat Toblerone et Côte d'Or en vue de leur mise en vente ou en location, de leur mise en circulation ou de leur utilisation dans un but commercial, pour le motif que les logos sont des œuvres protégées par le droit d'auteur. [57]

Il faut interpréter la *Loi sur le droit d'auteur* en tenant compte de la cohérence interne du régime qu'elle établit et d'une manière compatible avec la *Loi sur les marques de commerce*. La législation sur les marques de commerce protège les parts de marché des biens commerciaux, alors que le droit d'auteur protège les gains économiques résultant de l'exercice du talent et du jugement. Il n'y a pas lieu de recourir à la législation sur le droit d'auteur pour protéger une part de marché si cela oblige à la sortir de son champ d'application normal dans le cas où l'intérêt économique en jeu n'est qu'accessoirement lié à l'œuvre protégée par le droit d'auteur. [83]

Le paragraphe 27(2) est censé protéger les auteurs contre l'appropriation non autorisée des gains découlant de leur qualité d'auteur, mais cette protection ne s'étend pas à la totalité des gains économiques revendiqués par l'auteur ou le titulaire du droit d'auteur. Ce paragraphe ne peut pas être invoqué si l'œuvre en cause est simplement un élément accessoire d'un autre bien de consommation et que c'est ce bien qui est vendu, mis en circulation ou utilisé dans un but commercial. Ce n'est que si l'œuvre elle-même fait l'objet de la vente ou de l'autre utilisation commerciale que l'on peut dire, à juste titre, que la disposition s'applique et que la protection est offerte. Le paragraphe 27(2) n'a pas pour objet de protéger les fabricants contre l'importation non autorisée de biens de consommation dont l'emballage reproduit une œuvre protégée par le droit d'auteur, laquelle œuvre est simplement accessoire à la valeur de ces biens en tant que biens de consommation. Les droits transférés au licencié doivent,

economic interests resulting from the exercise of skill and judgment. [80] [86] [93]

Liability under s. 27(2)(*e*) relies on a finding that the defendant intended to commit an act enumerated in s. 27(2)(*a*) to (*c*): selling or renting out copies of a work, distributing copies of a work with prejudicial effect, or dealing with copies of a work by way of trade. If a reasonable consumer undertaking a commercial transaction does not think that the copyrighted work is what he or she is buying or dealing with, it is likely that the work is merely incidental to the consumer good and that s. 27(2) cannot be invoked. [89] [93-94]

There is agreement with the minority that, had s. 27(2) of the *Copyright Act* been applicable in this case, the exclusive licensee would have been able to sue the owner-licensor of the copyright. [75]

Per McLachlin C.J. and Abella J. (dissenting): KCI has the right to seek remedies under the *Copyright Act* to prevent Euro from selling or distributing the copyrighted works (the logos). First, the copyrighted work is being "sold" or "distributed" when it is printed on the wrapper of a consumer product. There is nothing in the Act to endorse a restrictive definition of "sell" and s. 64(3)(*b*) of the Act extends copyright protection to trademarks and labels. Once a work falls within s. 27(2)(*a*) to (*c*) and is otherwise entitled to copyright protection, the Act grants no scope for judicially created limits to that protection based on whether the logos on the wrapper are "incidental" or whether the copyright holder has a "legitimate economic interest". Second, an exclusive licensee in Canada can claim protection against secondary infringement when the copyrighted work was produced by the owner-licensor. Where the owner of a copyright has granted an exclusive licence, it has temporarily granted a proprietary interest in the copyright itself to the exclusive licensee (s. 13(7)). The scope of the precise interest granted is shaped by the terms of the licensing agreement. Here, the agreement grants KCI the sole and exclusive right, in Canada, to produce, reproduce, use, distribute, and sell the products. These terms, read together with the rights granted to an exclusive licensee in ss. 2.7 and 13(7) of the *Copyright Act*, as well as the rights in s. 36(1) to protect and enforce its rights and interests through remedies provided by that Act, give the exclusive licensee the right to invoke the Act for copyright infringement not only against third parties, but also against the owner-licensor. An owner-licensor is, technically, still the owner of the copyright,

à l'instar de ceux du créateur de l'œuvre, être limités aux intérêts économiques légitimes résultant de l'exercice du talent et du jugement. [80] [86] [93]

Pour qu'il y ait responsabilité au regard de l'al. 27(2)*e*), il faut donc conclure que le défendeur avait l'intention d'accomplir un acte énuméré aux al. 27(2)*a*) à *c*), soit la vente, la location, la mise en circulation ayant un effet préjudiciable ou l'utilisation dans un but commercial d'exemplaires d'une œuvre. Si un consommateur raisonnable qui effectue une opération commerciale ne croit pas que c'est l'œuvre protégée par le droit d'auteur qu'il achète ou utilise, il est probable que l'œuvre est simplement un élément accessoire du bien de consommation visé par l'opération et que le par. 27(2) ne peut pas être invoqué. [89] [93-94]

Il y a accord avec les juges dissidentes pour dire que, si le par. 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* avait été applicable en l'espèce, le licencié exclusif aurait pu poursuivre le titulaire-concédant du droit d'auteur. [75]

La juge en chef McLachlin et la juge Abella (dissidentes) : KCI a le droit d'exercer les recours prévus par la *Loi sur le droit d'auteur* afin d'empêcher Euro de vendre ou de mettre en circulation les œuvres protégées par le droit d'auteur (les logos). Premièrement, l'œuvre protégée par le droit d'auteur est « vendue » ou « mise en circulation » lorsqu'elle est imprimée sur l'emballage d'un produit de consommation. Rien dans la Loi ne milite en faveur d'une définition restrictive du terme « vente », et l'al. 64(3)*b*) de la Loi étend aux marques de commerce et aux étiquettes la protection conférée par le droit d'auteur. Dès qu'une œuvre est visée par les al. 27(2)*a*) à *c*) et qu'elle peut par ailleurs bénéficier de la protection conférée par le droit d'auteur, la Loi ne permet pas aux tribunaux de limiter cette protection en fonction de la question de savoir si les logos apposés sur l'emballage sont « accessoires » ou si le titulaire du droit d'auteur a un « intérêt économique légitime ». Deuxièmement, le titulaire d'une licence exclusive au Canada peut-il invoquer une protection contre la violation à une étape ultérieure lorsque l'œuvre protégée par le droit d'auteur a été produite par le titulaire-concédant. Le titulaire d'un droit d'auteur qui a concédé une licence exclusive a concédé temporairement au licencié exclusif un intérêt propriétal dans le droit d'auteur même (par. 13(7)). La portée de l'intérêt précisément concédé est déterminée par les conditions du contrat de licence. En l'espèce, le contrat confère à KCI le droit exclusif de produire, de reproduire, d'utiliser, de mettre en circulation et de vendre les produits au Canada. Ces termes, interprétés conjointement avec les droits concédés au licencié exclusif à l'art. 2.7 et au par. 13(7) de la

but it is nonetheless liable to an exclusive licensee if it breaches the copyright interest it has granted. [108-112] [121-123] [128]

Cases Cited

By Rothstein J.

Distinguished: *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 302, 2005 SCC 65; **referred to:** *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357; *Dictionnaires Robert Canada S.C.C. v. Librairie du Nomade Inc.* (1987), 11 F.T.R. 44; *A & M Records of Canada Ltd. v. Millbank Music Corp.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 354; *Fly by Nite Music Co. v. Record Wherehouse Ltd.*, [1975] F.C. 386; *Clarke, Irwin & Co. v. C. Cole & Co.* (1960), 33 C.P.R. 173; *Thomas v. Sorrell* (1673), Vaughan 330, 124 E.R. 1098; *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363, 2006 SCC 43; *Ritchie v. Sawmill Creek Golf & Country Club Ltd.* (2004), 35 C.P.R. (4th) 163; *United States Naval Institute v. Charter Communications, Inc.*, 936 F.2d 692 (1991); *Architectronics, Inc. v. Control Systems, Inc.*, 935 F.Supp. 425 (1996); *Griggs Group Ltd. v. Evans*, [2004] F.S.R. 31, [2003] EWHC 2914.

By Fish J.

Referred to: *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363, 2006 SCC 43.

By Bastarache J.

Referred to: *R. & A. Bailey & Co. v. Boccaccio Pty. Ltd.* (1986), 84 F.L.R. 232; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427, 2004 SCC 45; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 302, 2005 SCC 65; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2006]

Loi sur le droit d'auteur, ainsi qu'avec le droit, énoncé au par. 36(1), de soutenir et faire valoir ses droits et intérêts par l'exercice des recours prévus par la Loi, confèrent au licencié exclusif le droit d'invoquer la Loi relativement à une violation du droit d'auteur, non seulement contre des tiers mais aussi contre le titulaire-concédant. Le titulaire-concédant demeure, à proprement parler, le titulaire du droit d'auteur, mais il est néanmoins responsable envers le licencié exclusif s'il viole l'intérêt dans le droit d'auteur qu'il lui a concédé. [108-112] [121-123] [128]

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Distinction d'avec les arrêts : *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302, 2005 CSC 65; **arrêts mentionnés :** *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357; *Dictionnaires Robert Canada S.C.C. c. Librairie du Nomade Inc.* (1987), 11 F.T.R. 44; *A & M Records of Canada Ltd. c. Millbank Music Corp.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 354; *Fly by Nite Music Co. c. Record Wherehouse Ltd.*, [1975] C.F. 386; *Clarke, Irwin & Co. c. C. Cole & Co.* (1960), 33 C.P.R. 173; *Thomas c. Sorrell* (1673), Vaughan 330, 124 E.R. 1098; *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, 2006 CSC 43; *Ritchie c. Sawmill Creek Golf & Country Club Ltd.* (2004), 35 C.P.R. (4th) 163; *United States Naval Institute c. Charter Communications, Inc.*, 936 F.2d 692 (1991); *Architectronics, Inc. c. Control Systems, Inc.*, 935 F.Supp. 425 (1996); *Griggs Group Ltd. c. Evans*, [2004] F.S.R. 31, [2003] EWHC 2914.

Citée par le juge Fish

Arrêt mentionné : *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, 2006 CSC 43.

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *R. & A. Bailey & Co. c. Boccaccio Pty. Ltd.* (1986), 84 F.L.R. 232; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, 2004 CSC 45; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302, 2005 CSC 65; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada*

2 S.C.R. 560, 2006 SCC 49; *British Leyland Motor Corp. v. Armstrong Patents Co.*, [1986] 1 All E.R. 850; *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701.

By Abella J. (dissenting)

Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc., [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13; *Bouchet v. Kyriacopoulos* (1964), 45 C.P.R. 265; *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363, 2006 SCC 43; *Éditions de la Table ronde s.a. v. Couture*, [1995] Q.J. No. 1519 (QL); *Dynabec Ltée v. Société d'informatique R.D.G. Inc.* (1985), 6 C.P.R. (3d) 322; *Fonds Gabrielle Roy v. Éditions internationales Alain Stanké ltée*, [1993] Q.J. No. 2525 (QL); *British Actors Film Co. v. Glover*, [1918] 1 K.B. 299.

Statutes and Regulations Cited

17 U.S.C. § 101.
Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 "copyright", "infringing", 2.7, 3, 13(4), (5), (6), (7), 27, 36(1), (2), 64.
Copyright Act, 1911 (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46.
Copyright Act, 1921, S.C. 1921, c. 24.
Copyright Act 1968 (Cth.), No. 63, s. 10(1).
Copyright Amendment Act (No. 1) 1998 (Cth.), No. 104, Schedule 2.
Copyright, Designs and Patents Act 1988 (U.K.), 1988, c. 48, ss. 90(1), 92(1), 101(1).
Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4.
Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, s. 13(2).

Authors Cited

Bently, L., and B. Sherman. *Intellectual Property Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Drassinower, Abraham. "Taking User Rights Seriously". In Michael Geist, ed., *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*. Toronto: Irwin Law, 2005, 462.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Judge, Kathryn. "Rethinking Copyright Misuse" (2004), 57 *Stan. L. Rev.* 901.
Laddie, Hugh, et al. *The Modern Law of Copyright and Designs*, vol. 1, 3rd ed. London: Butterworths, 2000.

(Ministre de la Santé), [2006] 2 R.C.S. 560, 2006 CSC 49; *British Leyland Motor Corp. c. Armstrong Patents Co.*, [1986] 1 All E.R. 850; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc., [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13; *Bouchet c. Kyriacopoulos* (1964), 45 C.P.R. 265; *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, 2006 CSC 43; *Éditions de la Table ronde s.a. c. Couture*, [1995] A.Q. nº 1519 (QL); *Dynabec Ltée c. Société d'informatique R.D.G. Inc.*, [1985] C.A. 236; *Fonds Gabrielle Roy c. Éditions internationales Alain Stanké ltée*, [1993] J.Q. nº 2525 (QL); *British Actors Film Co. c. Glover*, [1918] 1 K.B. 299.

Lois et règlements cités

17 U.S.C. § 101.
Copyright Act, 1911 (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, ch. 46.
Copyright Act 1968 (Cth.), No. 63, art. 10(1).
Copyright Amendment Act (No. 1) 1998 (Cth.), No. 104, Schedule 2.
Copyright, Designs and Patents Act 1988 (R.-U.), 1988, ch. 48, art. 90(1), 92(1), 101(1).
Loi de 1921 concernant le droit d'auteur, S.C. 1921, ch. 24.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « contrefaçon », « droit d'auteur », 2.7, 3, 13(4), (5), (6), (7), 27, 36(1), (2), 64.
Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4.
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 13(2).

Doctrine citée

Bently, L., and B. Sherman. *Intellectual Property Law*, 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2004.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999.
Drassinower, Abraham. « Taking User Rights Seriously ». In Michael Geist, ed., *In the Public Interest : The Future of Canadian Copyright Law*. Toronto : Irwin Law, 2005, 462.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
Judge, Kathryn. « Rethinking Copyright Misuse » (2004), 57 *Stan. L. Rev.* 901.
Laddie, Hugh, et al. *The Modern Law of Copyright and Designs*, vol. 1, 3rd ed. London : Butterworths, 2000.

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/ Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2007, release 1).
Megarry, Robert Edgar. *A Manual of the Law of Real Property*, 8th ed. by A. J. Oakley. London: Sweet & Maxwell, 2002.
Nimmer, Melville B., and David Nimmer. *Nimmer on Copyright*, vol 3. New York: Matthew Bender, 1981 (loose-leaf updated December 2006, release 71).
Scassa, Teresa. "Using Copyright Law to Prevent Parallel Importation: A Comment on *Kraft Canada, Inc. v. Euro Excellence, Inc.*" (2006), 85 *Can. Bar Rev.* 409.
Tamaro, Normand. *The 2006 Annotated Copyright Act.* Toronto: Thomson Carswell, 2006.
Vaver, David. "The Exclusive Licence in Copyright" (1995), 9 *I.P.J.* 163.
Ziff, Bruce H. *Principles of Property Law*, 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2006.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Desjardins, Noël and Pelletier JJ.A.), [2006] 3 F.C.R. 91, 265 D.L.R. (4th) 555, 346 N.R. 104, 47 C.P.R. (4th) 113, [2005] F.C.J. No. 2082 (QL), 2005 FCA 427, reversing in part a decision of Harrington J., [2004] 4 F.C.R. 410, 252 F.T.R. 50, 33 C.P.R. (4th) 246, [2004] F.C.J. No. 804 (QL), 2004 FC 652. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Abella J. dissenting.

François Boscher and *Pierre-Emmanuel Moyse*, for the appellant.

Timothy M. Lowman and *Kenneth D. McKay*, for the respondents.

Howard P. Knopf and *Elizabeth G. Elliott*, for the intervener the Retail Council of Canada.

R. Scott Jolliffe and *James H. Buchan*, for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters Canada.

The reasons of Binnie, Deschamps and Rothstein JJ. were delivered by

ROTHSTEIN J. — I have read the reasons of Bastarache J. While I agree with his conclusion, I am respectfully unable to agree with his analysis. I have three main concerns with his reasons.

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto : Thomson/ Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2007, release 1).
Megarry, Robert Edgar. *A Manual of the Law of Real Property*, 8th ed. by A. J. Oakley. London : Sweet & Maxwell, 2002.
Nimmer, Melville B., and David Nimmer. *Nimmer on Copyright*, vol 3. New York : Matthew Bender, 1981 (loose-leaf updated December 2006, release 71).
Scassa, Teresa. « Using Copyright Law to Prevent Parallel Importation : A Comment on *Kraft Canada, Inc. v. Euro Excellence, Inc.* » (2006), 85 *R. du B. can.* 409.
Tamaro, Normand. *The 2006 Annotated Copyright Act.* Toronto : Thomson Carswell, 2006.
Vaver, David. « The Exclusive Licence in Copyright » (1995), 9 *I.P.J.* 163.
Ziff, Bruce H. *Principles of Property Law*, 4th ed. Toronto : Thomson Carswell, 2006.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Desjardins, Noël et Pelletier), [2006] 3 R.C.F. 91, 265 D.L.R. (4th) 555, 346 N.R. 104, 47 C.P.R. (4th) 113, [2005] A.C.F. nº 2082 (QL), 2005 CAF 427, qui a infirmé en partie une décision du juge Harrington, [2004] 4 R.C.F. 410, 252 F.T.R. 50, 33 C.P.R. (4th) 246, [2004] A.C.F. nº 804 (QL), 2004 CF 652. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et la juge Abella sont dissidentes.

François Boscher et *Pierre-Emmanuel Moyse*, pour l'appelante.

Timothy M. Lowman et *Kenneth D. McKay*, pour les intimées.

Howard P. Knopf et *Elizabeth G. Elliott*, pour l'intervenant le Conseil canadien du commerce de détail.

R. Scott Jolliffe et *James H. Buchan*, pour l'intervenante l'Alliance des manufacturiers et des exportateurs du Canada.

Version française des motifs des juges Binnie, Deschamps et Rothstein rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN — J'ai lu les motifs du juge Bastarache. Je suis d'accord avec sa conclusion, mais, en toute déférence, je ne puis faire mienne son analyse. J'ai trois réserves importantes au sujet de ses motifs. 1

(1) The Concerns

2 This Court has repeatedly adopted Driedger's approach to statutory interpretation:

> 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.

(E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; see also *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13, at para. 9.)

3 I am concerned that Bastarache J.'s approach in this case is inconsistent with this Court's approach to statutory interpretation. The "modern" or "purposive" approach requires that the words of the statute "in their grammatical and ordinary sense" be read harmoniously with the objects of the Act. It does not, however, give judges licence to substitute their policy preferences for those of Parliament. This Court has consistently held that "copyright is a creature of statute and the rights and remedies provided by the *Copyright Act* are exhaustive": see *CCH*, at para. 9; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34, at para. 5; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, at p. 477; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at pp. 372-73. In my respectful view, Bastarache J.'s reasons depart from this doctrine.

4 Throughout his reasons, Bastarache J. relies on a distinction between copyrighted works that are sold and works that are "merely incidental" to the item being sold. He concludes that since the Toblerone and Côte d'Or logos are merely incidental to the thing being sold (the chocolate bar), they do not receive copyright protection. I understand this distinction to be the crux of his analysis. However, I see no statutory authority for the proposition that "incidental" works are not protected by the

(1) Les réserves

Notre Cour a adopté, à maintes reprises, la méthode d'interprétation législative proposée par Driedger :

> [TRADUCTION] 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'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

(E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87; voir également *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13, par. 9.)

Je crains que l'approche du juge Bastarache en l'espèce soit incompatible avec la méthode d'interprétation législative adoptée par notre Cour. Selon la méthode « moderne » ou « téléologique », les termes de la Loi doivent être lus « en suivant le sens ordinaire et grammatical » qui s'harmonise avec les objets de la Loi. Toutefois, les juges ne sont pas pour autant autorisés à substituer leurs préférences en matière de politique générale à celles du législateur. La Cour a constamment jugé que « le droit d'auteur tire son origine de la loi, et les droits et recours que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur* sont exhaustifs » : voir *CCH*, par. 9; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34, par. 5; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, p. 477; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, p. 372-373. J'estime, en toute déférence, que les motifs du juge Bastarache dérogent à cette théorie.

Tout au long de ses motifs, le juge Bastarache s'appuie sur une distinction entre les œuvres protégées par le droit d'auteur qui sont vendues et les œuvres qui sont un « simple élément accessoire » de l'article vendu. Il conclut que, puisque les logos de Toblerone et de Côte d'Or représentent un simple élément accessoire de l'article vendu (la tablette de chocolat), ils ne bénéficient pas de la protection conférée par le droit d'auteur. Si je comprends bien, cette distinction est au cœur de

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42. This Court's holding in *CCH* confirms that all artistic works receive the protection of copyright if they meet the requisite standards of "skill and judgment": *CCH*, at para. 16. The *Copyright Act* does not exempt so-called "incidental" works from its protection. Neither Bastarache J. nor any of the parties contest that the Côte d'Or and Toblerone logos resulted from exercises of skill and judgment. As such, they are legitimate subjects of copyright.

I note that the "incidental" approach is similar to the Australian approach to this issue. However, the Australian approach was prescribed by statute and not by judges. In 1998 the Australian Parliament made a deliberate policy decision to amend its *Copyright Act 1968* (Cth.), No. 63, to exclude "accessories" from the domain of copyright for the purposes of parallel importation (*Copyright Amendment Act (No. 1) 1998* (Cth.), No. 104, Schedule 2). Under s. 10(1) of the Australian *Copyright Act 1968*, as amended, an infringing work includes a work that was "imported without the licence of the owner of the copyright, [and] would have constituted an infringement of that copyright if the article had been made in Australia by the importer, but does not include: . . . (g) a non-infringing accessory whose importation does not constitute an infringement of that copyright". The Australian Act defines "*accessory*" so as to include the labels and packaging that accompany an article. The Canadian *Copyright Act*, in contrast, has not exempted accessories or incidental works from the protection of copyright, and it is not for this Court to create such an exemption.

Even if one were to accept that "incidental" works are not protected under Canadian copyright law, it is not apparent from Bastarache J.'s reasons when a work will be considered "merely incidental". The "reasonable consumer" test proposed at

son analyse. Cependant, je ne vois rien dans la loi qui permette d'affirmer que les œuvres « accessoires » ne sont pas protégées par la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42. L'arrêt *CCH* de notre Cour confirme que toutes les œuvres artistiques sont protégées par le droit d'auteur si elles satisfont aux normes requises du « talent et du jugement » : *CCH*, par. 16. La *Loi sur le droit d'auteur* ne soustrait pas les œuvres dites « accessoires » à sa protection. Ni le juge Bastarache ni aucune des parties ne conteste que les logos de Côte d'Or et de Toblerone résultent de l'exercice du talent et du jugement. Pour cette raison, les logos sont légitimement visés par le droit d'auteur.

Je remarque que la méthode du caractère « accessoire » s'apparente à la méthode adoptée à cet égard en Australie. La méthode australienne a toutefois été prescrite par une loi et non par des juges. En 1998, le Parlement australien a délibérément choisi de modifier sa *Copyright Act 1968* (Cth.), No. 63, de manière à exclure les [TRADUCTION] « éléments accessoires » du champ d'application du droit d'auteur pour les besoins de l'importation parallèle (*Copyright Amendment Act (No. 1) 1998* (Cth.), No. 104, Schedule 2). Aux termes du par. 10(1) de la *Copyright Act 1968* australienne et ses modifications, l'œuvre qui viole le droit d'auteur est une œuvre [TRADUCTION] « importée sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, [et qui] aurait constitué une violation du droit d'auteur si l'article en question avait été produit en Australie par l'importateur, à l'exclusion de : [. . .] g) l'élément accessoire qui ne viole pas le droit d'auteur et dont l'importation ne viole pas ce droit d'auteur ». Selon la Loi australienne, l'expression « *accessory* » (élément accessoire) s'entend des étiquettes et de l'emballage qui accompagnent un article. Par contre, la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne ne soustrait pas les éléments ou les œuvres accessoires à la protection du droit d'auteur, et il n'appartient pas à notre Cour de le faire. 5

Même si l'on acceptait que la législation canadienne sur le droit d'auteur ne protège pas les œuvres « accessoires », les motifs du juge Bastarache n'indiquent pas dans quels cas une œuvre sera considérée comme étant un « simple 6

para. 94 offers little guidance on how to determine whether a work is "merely incidental". Paragraph 95 draws a distinction between a small logo and a larger painting of that same logo on a t-shirt. However, according to Canadian copyright law, it is skill and judgment — not the size of the work — that determines whether a work receives protection under the *Copyright Act*.

7 To support his argument for the "incidental" approach to copyright law, Bastarache J. introduces a concept of "legitimate economic interests" to read down rights expressly granted by the *Copyright Act*. The term "legitimate economic interest" was used by this Court in *Théberge*, but in a different context. The legitimate economic interest described in *Théberge* was the right of the creator of an artistic work to receive a reward for that work. The issue in *Théberge* was whether the transferring of an artistic work from a paper backing to a canvas backing constituted reproduction contrary to the "legitimate economic interests" of the artist. Binnie J., for the majority, found that reproduction did not occur on the facts of that case. Binnie J.'s holding relied on the concepts of originality and reproduction, which are firmly rooted in the words of the *Copyright Act*.

8 In this case, Bastarache J. expands the concept of "legitimate economic interest" to exclude logos on wrappers from the domain of copyright. I find no authority in the Act or in our jurisprudence for Bastarache J.'s theory of "legitimate economic interests". As this Court has often stated, "the rights and remedies provided by the *Copyright Act* are exhaustive": *CCH*, at para. 9. I would not depart from this approach by introducing a new equitable doctrine of "legitimate economic interest" to read down the legislation.

élément accessoire ». Le critère du « consommateur raisonnable » qu'il propose au par. 94 donne peu d'indications sur la façon de déterminer si l'œuvre est simplement « un élément accessoire ». Au paragraphe 95, une distinction est établie entre un petit logo et une reproduction plus grande du même logo sur un tee-shirt. Toutefois, d'après la législation canadienne sur le droit d'auteur, c'est l'exercice du talent et du jugement — et non la taille de l'œuvre — qui détermine si une œuvre bénéficie de la protection conférée par la *Loi sur le droit d'auteur*.

Pour étayer son point de vue favorable à une interprétation de la législation sur le droit d'auteur fondée sur le caractère « accessoire », le juge Bastarache introduit la notion d'« intérêts économiques légitimes » pour atténuer la portée des droits expressément conférés par la *Loi sur le droit d'auteur*. Notre Cour a employé l'expression « intérêt économique légitime » dans l'arrêt *Théberge*, mais dans un contexte différent. L'intérêt économique légitime décrit dans l'arrêt *Théberge* était le droit du créateur d'une œuvre artistique d'être récompensé pour cette œuvre. Dans cet arrêt, la question était de savoir si l'entoilage d'une œuvre artistique sur support papier constituait une reproduction allant à l'encontre des « intérêts économiques légitimes » de l'artiste. Le juge Binnie, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu qu'il n'y avait pas reproduction selon les faits de l'affaire. Sa conclusion reposait sur les notions d'originalité et de reproduction qui sont profondément enracinées dans le libellé de la *Loi sur le droit d'auteur*.

En l'espèce, le juge Bastarache élargit la notion d'« intérêt économique légitime » de manière à exclure du champ d'application du droit d'auteur les logos figurant sur les emballages. J'estime que rien dans la Loi ou notre jurisprudence n'appuie la théorie des « intérêts économiques légitimes » préconisée par le juge Bastarache. Comme l'a souvent affirmé notre Cour, « les droits et recours que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur* sont exhaustifs » : *CCH*, par. 9. Je ne m'écarterais pas de ce point de vue en introduisant une nouvelle théorie d'equity de l'« intérêt économique légitime » pour atténuer la portée de la mesure législative.

I accept, of course, that the *Copyright Act* is to be given a purposive interpretation. However, I distinguish between an approach that is rooted in the words of the Act and the approach taken by my colleague Bastarache J. that involves reading words into the legislation that are at odds with Parliament's intent. Section 64 of the *Copyright Act*, which can be found, along with the other relevant provisions of the *Copyright Act*, in the Appendix, addresses the very issue that is fundamental to my colleague's approach: can a work of art appearing on a label and receiving trade-mark protection also be the subject of copyright protection? Parliament concluded that works can receive concurrent copyright and trade-mark protection.

Je reconnais évidemment que la *Loi sur le droit d'auteur* doit recevoir une interprétation téléologique. Cependant, j'établis une distinction entre une approche fondée sur le libellé de la Loi et celle que mon collègue le juge Bastarache a adoptée et qui consiste à ajouter dans la Loi des mots qui vont à l'encontre de l'intention du législateur. L'article 64 de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui, en plus des autres dispositions pertinentes de cette loi, est reproduit dans l'annexe, traite de la question même qui est un élément fondamental de l'approche de mon collègue : une œuvre d'art figurant sur une étiquette et bénéficiant de la protection conférée par la marque de commerce peut-elle également bénéficier de la protection conférée par le droit d'auteur? Le législateur a conclu que des œuvres peuvent bénéficier à la fois de la protection conférée par le droit d'auteur et de celle conférée par la marque de commerce. 9

To that end, Parliament adopted s. 64 of the current Act, which excludes certain functional articles from copyright protection, but affirms that copyright shall subsist in "a trade-mark or a representation thereof or a label". Parliament enacted this provision after having turned its mind to the possibility of overlap between trade-mark and copyright law. Were the Court to hold that the Kraft labels cannot be subjects of trade-mark and copyright concurrently, we would be substituting a different policy preference from that chosen by Parliament.

À cet égard, le législateur a adopté l'art. 64 de la Loi actuelle, qui soustrait certains objets fonctionnels à la protection conférée par le droit d'auteur, mais qui confirme que le droit d'auteur existe sur les « marques de commerce, ou leurs représentations, ou étiquettes ». Le législateur a adopté cette disposition après avoir réfléchi à la possibilité d'un chevauchement entre la législation sur les marques de commerce et celle sur le droit d'auteur. Si la Cour concluait que les étiquettes Kraft ne peuvent pas bénéficier à la fois de la protection conférée par la marque de commerce et de celle conférée par le droit d'auteur, elle se trouverait alors à substituer sa préférence en matière de politique générale à celle du législateur. 10

It is for this reason that I must respectfully disagree with Bastarache J.'s attempted analogy between the present case and *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 302, 2005 SCC 65. In *Kirkbi*, this Court held that trade-mark law cannot be leveraged to extend protection to subjects that are ordinarily the domain of patent law. Bastarache J. suggests that *Kirkbi* stands for the further proposition that the subjects of copyright law and trade-mark law must not overlap and that because it is trade-mark law that ordinarily protects market share and

C'est pourquoi je ne puis, en toute déférence, souscrire à l'analogie que le juge Bastarache tente d'établir entre le présent dossier et l'affaire *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302, 2005 CSC 65. Dans l'arrêt *Kirkbi*, notre Cour a décidé que la législation sur les marques de commerce ne saurait être utilisée pour protéger des matières qui relèvent normalement du droit des brevets. Le juge Bastarache affirme que l'arrêt *Kirkbi* permet, en outre, d'affirmer que les matières visées par le droit d'auteur et le droit des marques 11

goodwill, copyright holders cannot use copyright to protect their market share or the goodwill associated with their brand.

12 I do not read *Kirkbi* as underpinning a broad doctrine of copyright misuse. Although the Court in *Kirkbi* cautioned against interpreting trade-mark law in a way that undermined the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, the decision in that case was anchored in the language of the *Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13, itself and not in a vague notion of trade-mark misuse. In *Kirkbi*, this Court held that the *Trade-marks Act* had expressly incorporated the "doctrine of functionality" in s. 13(2) of the Act (para. 42). LeBel J., writing for the Court, held that "[t]his doctrine recognizes that trade-marks law is not intended to prevent the competitive use of utilitarian features of products, but that it fulfills a source-distinguishing function": *Kirkbi*, at para. 43. By incorporating the doctrine of functionality, s. 13(2) of the *Trade-marks Act* had precluded the granting of trade-mark protection to functional works, which are the subjects of patent law.

13 The difficulty in attempting to analogize this case and *Kirkbi* is that the Court in *Kirkbi* relied on a provision of the *Trade-marks Act* in order to find that there could be no overlap between trade-mark and patent. In contrast, s. 64(3)(*b*) of the *Copyright Act* permits a single work to be the subject of both copyright and trade-mark protection. In other words, Parliament has authorized an overlap between copyright and trade-mark. I do not doubt the wisdom of LeBel J.'s general statement, at para. 37 of *Kirkbi*, that it is important to bear in mind the "basic and necessary distinctions between different forms of intellectual property and their legal

de commerce ne doivent pas se recouper, et que, puisque c'est normalement la législation sur les marques de commerce qui protège la part de marché et l'achalandage, les titulaires du droit d'auteur ne peuvent se servir du droit d'auteur pour protéger leur part de marché ou l'achalandage rattaché à leur marque.

Je ne considère pas que l'arrêt *Kirkbi* est à la base d'une théorie générale de l'abus du droit d'auteur (*copyright misuse*). Bien que, dans l'arrêt *Kirkbi*, la Cour ait indiqué qu'il faut se garder d'interpréter la législation sur les marques de commerce d'une manière qui porte atteinte à la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4, la décision dans cette affaire reposait sur le libellé même de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13, et non sur une vague notion d'abus d'une marque de commerce. Dans l'arrêt *Kirkbi*, par. 42, notre Cour a conclu que la *Loi sur les marques de commerce* avait expressément incorporé le « principe de la fonctionnalité » à son par. 13(2). Le juge LeBel a affirmé, au nom de la Cour, que « [s]elon ce principe, le droit des marques de commerce ne vise pas à empêcher l'utilisation concurrentielle des particularités utilitaires d'un produit, mais sert plutôt à distinguer les sources des produits » : *Kirkbi*, par. 43. En incorporant le principe de la fonctionnalité, le par. 13(2) de la *Loi sur les marques de commerce* avait empêché que les œuvres fonctionnelles qui sont visées par le droit des brevets bénéficient de la protection conférée par la législation sur les marques de commerce.

Le problème que pose la tentative d'établir une analogie entre le présent dossier et l'affaire *Kirkbi* tient au fait que, dans l'arrêt *Kirkbi*, la Cour s'est fondée sur une disposition de la *Loi sur les marques de commerce* pour conclure qu'il ne pouvait y avoir de chevauchement entre les marques de commerce et les brevets. En revanche, l'al. 64(3)*b*) de la *Loi sur le droit d'auteur* permet qu'une œuvre bénéficie à la fois de la protection conférée par le droit d'auteur et de celle conférée par la marque de commerce. En d'autres termes, le législateur a autorisé un chevauchement entre le droit d'auteur et la marque de commerce. Je ne doute

and economic functions". However, this guiding principle must be qualified by the proviso: except where Parliament provides otherwise. Parliament has authorized concurrent copyright and trade-mark protection for labels. Until it provides otherwise, the courts are bound to conclude that a logo on a chocolate bar wrapper can receive concurrent trade-mark and copyright protection.

aucunement de la sagesse de l'affirmation générale du juge LeBel, au par. 37 de l'arrêt *Kirkbi*, selon laquelle il importe de se rappeler les « distinctions fondamentales nécessaires entre diverses formes de propriété intellectuelle et leurs fonctions juridiques et économiques ». Il faut toutefois assortir ce principe directeur de la réserve suivante : sauf si le législateur prévoit le contraire. Le législateur a permis que les étiquettes bénéficient à la fois de la protection conférée par le droit d'auteur et de celle conférée par la marque de commerce. Jusqu'à ce qu'il prévoie le contraire, les tribunaux sont tenus de conclure que le logo apposé sur l'emballage d'une tablette de chocolat peut bénéficier à la fois de la protection conférée par la marque de commerce et de celle conférée par le droit d'auteur.

(2) The Purposive Approach to the *Copyright Act*

(2) L'interprétation téléologique de la *Loi sur le droit d'auteur*

Overview

Aperçu

In my view, this case turns on a straightforward application of s. 27(2)(*e*) of the *Copyright Act*. The Kraft companies allege that Euro-Excellence Inc. is liable for secondary infringement under s. 27(2)(*e*). However, Kraft Canada Inc. has failed to establish "hypothetical infringement", which is one of the three constitutive elements required to ground a claim under s. 27(2)(*e*). For Kraft Canada to succeed, it must show that Euro-Excellence imported works that *would have infringed copyright if they had been made in Canada by the persons who made them*. It fails to do so. 14

J'estime que, pour trancher le présent pourvoi, il faut simplement appliquer l'al. 27(2)*e*) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Les sociétés Kraft allèguent qu'Euro-Excellence Inc. est responsable d'une violation à une étape ultérieure au sens de l'al. 27(2)*e*). Kraft Canada Inc. n'a toutefois pas établi l'existence d'une « violation hypothétique », qui est l'un des trois éléments constitutifs requis pour justifier une action fondée sur l'al. 27(2)*e*). Pour avoir gain de cause, Kraft Canada doit démontrer qu'Euro-Excellence a importé des œuvres qui *auraient constitué une violation du droit d'auteur si elles avaient été produites au Canada par les personnes qui les ont produites*. Elle ne l'a pas fait.

Under the Kraft companies' argument, the putative "hypothetical infringers" (the persons who *would have infringed* copyright if they made the impugned works in Canada) are the Kraft parent companies, Kraft Foods Belgium SA ("KFB") and Kraft Foods Schweiz AG ("KFS"). But KFB and KFS are also, respectively, the owners of the Côte d'Or and Toblerone copyrights at issue in this 15

Selon l'argument des sociétés Kraft, les présumés « auteurs de la violation hypothétique » (les personnes qui *auraient violé* le droit d'auteur si elles avaient produit les œuvres contestées au Canada) sont les sociétés mères Kraft, Kraft Foods Belgium SA (« KFB ») et Kraft Foods Schweiz AG (« KFS »). Cependant, KFB et KFS sont aussi, respectivement, les titulaires des droits d'auteur de

case. The copyright itself was not assigned to Kraft Canada. Therefore, to accept the Kraft companies' argument, this Court would have to find that copyright owners can infringe their own copyright if they have licensed copyright to an exclusive licensee despite their retention of the copyright. In my view, the *Copyright Act* does not permit exclusive licensees to sue the copyright owner-licensor for infringement of its own copyright. If KFS or KFB had reproduced Kraft labels in Canada in violation of its licensing agreement with Kraft Canada, Kraft Canada's only remedy would lie in breach of contract and *not in copyright infringement.* Because a copyright owner cannot be liable to its exclusive licensee for infringement, there is no hypothetical infringement and thus no violation of s. 27(2)(*e*) in this case by Euro-Excellence.

16 Bastarache J., at para. 75, suggests that on my reading of the Act, the Kraft companies could have circumvented the purposes of the Act by calling their agreements "assignments" rather than "exclusive licences". However, the distinction between assignments and exclusive licences is important and meaningful. By granting an assignment, the copyright owner intends to bestow upon the assignee the full panoply of rights and interests reserved for copyright owners. An exclusive licence, by contrast, permits owners to convey to licensees a more limited interest in the copyright. In my respectful view, an approach that conflates exclusive licences and assignments must be rejected. By enabling copyright owners to grant an interest in copyright either by assignment or exclusive licence, Parliament intended to provide copyright owners with two qualitatively different mechanisms by which to transfer their interests in whole or in part. Disregarding the distinctions between the two would lead to an unjustifiable narrowing of the owner's options in dealing with its interest.

Côte d'Or et de Toblerone dont il est question en l'espèce. Le droit d'auteur même n'a pas été cédé à Kraft Canada. Pour retenir l'argument des sociétés Kraft, la Cour devrait donc conclure que les titulaires du droit d'auteur peuvent violer leur propre droit d'auteur s'ils ont concédé le droit d'auteur à un licencié exclusif tout en conservant ce droit d'auteur. À mon avis, la *Loi sur le droit d'auteur* ne permet pas aux licenciés exclusifs d'intenter contre le titulaire-concédant du droit d'auteur une action pour violation de son propre droit d'auteur. Si KFS ou KFB avait reproduit les étiquettes de Kraft au Canada en violation du contrat de licence conclu avec Kraft Canada, le seul recours dont disposerait Kraft Canada serait une action pour rupture de contrat et *non pour violation du droit d'auteur.* Étant donné que le titulaire du droit d'auteur ne peut pas être responsable de la violation de ce droit envers son licencié exclusif, il n'y a en l'espèce aucune violation hypothétique et, partant, aucune contravention à l'al. 27(2)*e*) de la part d'Euro-Excellence.

Au paragraphe 75, le juge Bastarache indique que, selon mon interprétation de la Loi, les sociétés Kraft auraient pu contourner l'objet de la Loi en qualifiant leurs contrats de « cessions » au lieu de « licences exclusives ». Cependant, la distinction entre les cessions et les licences exclusives est importante et significative. En effectuant une cession, le titulaire du droit d'auteur entend conférer au cessionnaire toute la gamme des droits et intérêts réservés aux titulaires du droit d'auteur. Par contre, une licence exclusive permet au titulaire de transmettre au licencié un intérêt plus limité dans le droit d'auteur. J'estime, en toute déférence, qu'il faut rejeter une approche qui confond licences exclusives et cessions. En habilitant les titulaires du droit d'auteur à concéder un intérêt dans le droit d'auteur au moyen d'une cession ou d'une licence exclusive, le législateur a voulu offrir aux titulaires du droit d'auteur deux moyens qualitativement différents de transférer leurs intérêts en totalité ou en partie. Ne pas tenir compte des distinctions entre les deux entraînerait une restriction injustifiable des mesures que le titulaire peut prendre à l'égard de son intérêt.

Why there is no hypothetical infringement by KFS and KFB and therefore no secondary infringement by Euro-Excellence

Section 27 of the *Copyright Act* describes infringement under the Act. Section 27(1) describes what is known as "primary infringement". It provides that:

> It is an infringement of copyright for any person to do, without the consent of the owner of the copyright, anything that by this Act only the owner of the copyright has the right to do.

Section 3 sets out the catalogue of rights that the copyright owner possesses under the Act. These rights include the sole right to produce and reproduce copies of the copyrighted work. For the purposes of this case, primary infringement would have arisen if Euro-Excellence had produced copies of the Toblerone or Côte d'Or logos.

But Euro-Excellence does not want to produce labels with the Toblerone or Côte d'Or logos, and the Kraft companies have not alleged that it has done so. The Kraft companies seek to enjoin Euro-Excellence from importing into Canada works that have been produced lawfully in Europe by the Kraft parent companies, KFS and KFB.

The Kraft companies thus allege that Euro-Excellence has engaged in "secondary infringement" by importing for sale or distribution copies of KFS and KFB's copyrighted works into Canada. Secondary infringement is dealt with under s. 27(2) of the Act. In *CCH*, at para. 81, this Court held that three elements must be proven to establish secondary infringement: (1) a primary infringement; (2) the secondary infringer should have known that he or she was dealing with a product of infringement; and (3) the secondary infringer sold, distributed or exposed for sale the infringing goods. Perhaps the most straightforward form of secondary infringement arises when one sells a copy of an infringing work. Under s. 27(2)(*a*), "[i]t is an infringement of

Raisons pour lesquelles il n'y a aucune violation hypothétique de la part de KFS et de KFB et, partant, aucune violation à une étape ultérieure de la part d'Euro-Excellence

L'article 27 de la *Loi sur le droit d'auteur* définit ce qui constitue une violation au sens de la Loi. Le paragraphe 27(1) décrit ce qui est connu sous le nom de « violation initiale ». Voici le texte de cette disposition : 17

> Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'accomplir.

L'article 3 dresse la liste des droits que le titulaire du droit d'auteur possède en vertu de la Loi. Ces droits comprennent notamment le droit exclusif de produire et reproduire des exemplaires d'une œuvre protégée par le droit d'auteur. Pour les besoins de la présente affaire, il y aurait eu violation initiale si Euro-Excellence avait produit des exemplaires des logos de Toblerone ou de Côte d'Or.

Or, Euro-Excellence ne veut pas produire des étiquettes sur lesquels sont apposés les logos de Toblerone ou de Côte d'Or, et les sociétés Kraft n'ont pas prétendu qu'elle l'a fait. Elles cherchent plutôt à enjoindre à Euro-Excellence de cesser d'importer au Canada des œuvres produites légalement en Europe par les sociétés mères Kraft, KFS et KFB. 18

Les sociétés Kraft allèguent ainsi qu'Euro-Excellence a commis une « violation à une étape ultérieure » en important des exemplaires d'œuvres protégées par le droit d'auteur appartenant à KFS et à KFB dans le but de les vendre ou de les mettre en circulation au Canada. Le paragraphe 27(2) de la Loi traite de la violation à une étape ultérieure. Dans l'arrêt *CCH*, par. 81, notre Cour a statué que trois éléments sont requis pour prouver la violation à une étape ultérieure : (1) une violation initiale du droit d'auteur; (2) l'auteur de la violation à une étape ultérieure aurait dû savoir qu'il utilisait le produit d'une violation initiale du droit d'auteur; (3) l'auteur de la violation à une étape ultérieure a vendu, mis en circulation ou mis en vente des 19

copyright for any person to . . . sell . . . a copy of a work . . . that the person knows or should have known infringes copyright".

20 Section 27(2)(*e*) stands out as an apparent exception to the rule in *CCH* that secondary infringement first requires primary infringement because, unlike s. 27(2)(*a*) to (*d*), it does not require *actual* primary infringement. Instead, it requires only *hypothetical* primary infringement. Under s. 27(2)(*e*),

> [i]t is an infringement of copyright for any person to . . . import . . . a copy of a work . . . that the person knows . . . would infringe copyright if it had been made in Canada by the person who made it.

Section 27(2)(*e*) substitutes hypothetical primary infringement for actual primary infringement. It is possible that the infringing imports may have been lawfully made outside of Canada. Still, they are deemed to infringe copyright if the importer has imported into Canada works that *would have infringed* copyright if those works had been made in Canada by the persons who made the works abroad.

21 The apparent purpose of s. 27(2)(*e*) is to give Canadian copyright holders an added layer of protection where the Canadian copyright holder does not hold copyright in that work in foreign jurisdictions. Section 27(2)(*e*) protects Canadian copyright holders against "parallel importation" by deeming an infringement of copyright even where the imported works did not infringe copyright laws in the country in which they were made. Without s. 27(2)(*e*), the foreign copyright holder who could manufacture the work more cheaply abroad could flood the Canadian market with the work,

marchandises constituant des contrefaçons. La forme sans doute la plus simple de violation à une étape ultérieure consiste à vendre un exemplaire de la contrefaçon d'une œuvre. Suivant l'al. 27(2)*a*), « [c]onstitue une violation du droit d'auteur [la vente de] l'exemplaire d'une œuvre [. . .] alors que la personne qui accomplit sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit ».

L'alinéa 27(2)*e*) semble faire figure d'exception à la règle énoncée dans l'arrêt *CCH* selon laquelle la violation à une étape ultérieure exige d'abord qu'il y ait eu une violation initiale puisque, à la différence des al. 27(2)*a*) à *d*), il n'est pas nécessaire qu'il y ait violation initiale *réelle*. Il exige plutôt uniquement une violation initiale *hypothétique*. Aux termes de l'al. 27(2)*e*),

> [c]onstitue une violation du droit d'auteur [l'importation de] l'exemplaire d'une œuvre [. . .] alors que la personne qui accomplit l'acte sait [. . .] que la production de l'exemplaire [. . .] constituerait une [violation de ce droit] si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit.

L'alinéa 27(2)*e*) substitue une violation initiale hypothétique à une violation initiale réelle. Il se peut que les contrefaçons importées aient légalement été produites à l'étranger. Toujours est-il qu'elles sont réputées constituer une violation du droit d'auteur si l'importateur importe au Canada des œuvres qui *auraient constitué une violation* du droit d'auteur si elles avaient été produites au Canada par les personnes qui les ont produites à l'étranger.

L'alinéa 27(2)*e*) vise apparemment à accorder une protection supplémentaire au titulaire du droit d'auteur canadien qui ne détient pas le droit d'auteur sur l'œuvre en question à l'étranger. L'alinéa 27(2)*e*) protège le titulaire du droit d'auteur canadien contre l'« importation parallèle » en présumant qu'il y a violation du droit d'auteur même lorsque les œuvres importées ne violent pas les lois sur le droit d'auteur dans le pays où elles ont été produites. Sans l'al. 27(2)*e*), le titulaire du droit d'auteur étranger qui pourrait fabriquer l'œuvre à un coût moindre à l'étranger pourrait venir saturer

thereby rendering the Canadian copyright worthless. Section 27(2)(*e*) thus represents Parliament's intention to ensure that Canadian copyright holders receive their just rewards even where they do not hold copyright abroad: see, e.g., *Dictionnaires Robert Canada S.C.C. v. Librairie du Nomade Inc.* (1987), 11 F.T.R. 44; *A & M Records of Canada Ltd. v. Millbank Music Corp.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 354 (F.C.T.D.); *Fly by Nite Music Co. v. Record Wherehouse Ltd.*, [1975] F.C. 386 (T.D.); *Clarke, Irwin & Co. v. C. Cole & Co.* (1960), 33 C.P.R. 173 (Ont. H.C.).

le marché canadien de son œuvre, ce qui dépouillerait de toute utilité le droit d'auteur canadien. L'alinéa 27(2)*e*) traduit ainsi l'intention du législateur d'assurer que le titulaire du droit d'auteur canadien obtienne une juste récompense même s'il ne détient pas le droit d'auteur à l'étranger : voir, par exemple, *Dictionnaires Robert Canada S.C.C. c. Librairie du Nomade Inc.* (1987), 11 F.T.R. 44; *A & M Records of Canada Ltd. c. Millbank Music Corp.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 354 (C.F. 1re inst.); *Fly by Nite Music Co. c. Record Wherehouse Ltd.*, [1975] C.F. 386 (1re inst.); *Clarke, Irwin & Co. c. C. Cole & Co.* (1960), 33 C.P.R. 173 (H.C. Ont.).

On the facts of this case, the Kraft companies have not made out all of the constitutive elements of a claim under s. 27(2)(*e*). Hypothetical infringement has not been established. The Kraft companies cannot prove that the impugned works imported and distributed by Euro-Excellence *would have infringed copyright if they had been made in Canada by the persons who made them in Europe.*

22 Selon les faits de la présente affaire, les sociétés Kraft n'ont pas établi l'existence de tous les éléments constitutifs d'un recours fondé sur l'al. 27(2)*e*). L'existence d'une violation hypothétique n'a pas été établie. Les sociétés Kraft ne peuvent pas prouver que les œuvres contestées qui ont été importées et mises en circulation par Euro-Excellence *auraient constitué une violation du droit d'auteur si elles avaient été produites au Canada par les personnes qui les ont produites en Europe.*

The persons who made the impugned copies of the works in Europe were the Kraft parent companies, KFB and KFS. However, KFB and KFS would *not* have infringed copyright if they had produced the Côte d'Or and Toblerone logos in Canada.

23 Ce sont les sociétés mères Kraft, KFB et KFS, qui ont produit les exemplaires contestés des œuvres en Europe. Toutefois, elles n'auraient *pas* violé le droit d'auteur si elles avaient produit les logos de Côte d'Or et de Toblerone au Canada.

This is because KFB and KFS are, respectively, the owners of the Canadian copyright in the Côte d'Or and Toblerone logos. On the Kraft companies' argument, KFB and KFS would be the hypothetical copyright infringers. The Kraft companies argue that KFB and KFS would have infringed copyright if they produced the copyrighted works in Canada because they had licensed the Toblerone and Côte d'Or copyrights to Kraft Canada. Accepting this argument would mean that KFB and KFS have infringed their own copyrights — a proposition that is inconsistent with copyright law and common sense. Under s. 27(1), infringement arises when a person, *without the consent of the owner,* does something that under the Act *only the owner has the right to do.* By definition, no

24 Cela s'explique par le fait que KFB et KFS sont, respectivement, les titulaires du droit d'auteur sur les logos de Côte d'Or et de Toblerone au Canada. Selon l'argument des sociétés Kraft, KFB et KFS seraient les auteurs de la violation hypothétique du droit d'auteur. Celles-ci prétendent que KFB et KFS auraient violé le droit d'auteur si elles avaient produit les œuvres protégées par le droit d'auteur au Canada, du fait qu'elles avaient concédé par licence à Kraft Canada les droits d'auteur relatifs à Toblerone et à Côte d'Or. Retenir cet argument signifierait que KFB et KFS ont violé leurs propres droits d'auteur — ce qui est incompatible avec la législation sur le droit d'auteur et contraire au bon sens. Suivant le par. 27(1), constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement, *sans*

person can simultaneously be owner and infringer of copyright: see also *CCH*, at para. 37.

25 The Kraft companies allege that KFB and KFS can, hypothetically, infringe copyright because they had licensed the exclusive rights to produce and reproduce the copyrighted works in Canada to Kraft Canada, their Canadian subsidiary. The Kraft companies thus assume that an exclusive licensee becomes the owner of the copyright and able to sue the licensor for infringement. This assumption is incorrect. Under the *Copyright Act*, exclusive licensees are not able to sue the owner-licensor for infringement. I arrive at this conclusion after considering the *Copyright Act*'s provisions on copyright ownership and licensing.

Licensing Under the Copyright Act

26 This case turns on the nature and scope of an exclusive licensee's rights under the *Copyright Act*. An exclusive licence under copyright law exists when the following conditions are met: (a) the copyright owner (the licensor) permits another person (the licensee) to do something within the copyright; (b) the licensor promises not to give anyone else the same permission for the duration of the licence; and (c) the licensor itself promises not to do those acts that have been licensed to the licensee for the duration of the licence: *Copyright Act*, s. 2.7; see also D. Vaver, "The Exclusive Licence in Copyright" (1995), 9 *I.P.J.* 163, at pp. 164-65. The parties agree that the agreements between Kraft Canada and the Kraft parent companies are exclusive licence agreements.

27 Under the common law, a licensee does not enjoy property rights: "A licence is merely a permission

le consentement du titulaire de ce droit, d'un acte qu'en vertu de la Loi *seul ce titulaire a la faculté d'accomplir*. Par définition, personne ne peut être à la fois le titulaire d'un droit d'auteur et l'auteur d'une violation de ce droit : voir également *CCH*, par. 37.

Selon les sociétés Kraft, KFB et KFS peuvent, en théorie, violer le droit d'auteur parce qu'elles ont concédé par licence à Kraft Canada, leur filiale canadienne, les droits exclusifs de produire et reproduire les œuvres protégées par le droit d'auteur au Canada. Les sociétés Kraft présument donc que le licencié exclusif devient le titulaire du droit d'auteur et qu'il peut poursuivre le concédant pour violation du droit d'auteur. Cette présomption est erronée. Aux termes de la *Loi sur le droit d'auteur*, les licenciés exclusifs ne peuvent pas intenter contre le titulaire-concédant une action pour violation du droit d'auteur. J'arrive à cette conclusion après avoir examiné les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui s'appliquent à la possession du droit d'auteur et à la concession de licences.

Concession de licence en vertu de la Loi sur le droit d'auteur

L'issue du présent pourvoi dépend de la nature et de la portée des droits que la *Loi sur le droit d'auteur* confère au licencié exclusif. Il y a licence exclusive au sens de la législation sur le droit d'auteur lorsque les conditions suivantes sont remplies : a) le titulaire du droit d'auteur (le concédant) permet à une autre personne (le licencié) d'accomplir un acte visé par ce droit d'auteur; b) le concédant promet de ne pas donner cette permission à quelqu'un d'autre pendant la durée de la licence; c) le concédant lui-même promet que, pendant la durée de la licence, il n'accomplira pas les actes qu'il autorise le licencié à accomplir : art. 2.7 de la *Loi sur le droit d'auteur*; voir également D. Vaver, « The Exclusive Licence in Copyright » (1995), 9 *I.P.J.* 163, p. 164-165. Les parties s'entendent pour dire que les contrats conclus entre Kraft Canada et les sociétés mères Kraft sont des contrats de licence exclusive.

Selon la common law, le licencié ne jouit d'aucun droit de propriété : [TRADUCTION] « La licence n'est

to do that which would otherwise amount to a trespass" (B. H. Ziff, *Principles of Property Law* (4th ed. 2006), at p. 270). In contrast, an assignee receives a property interest from the original owner and steps into the shoes of the owner with respect to those rights assigned. As the recipient of a property interest, the assignee enjoys a right against the world, including the right to sue others (including the assignor) in trespass. The licensee's rights, on the other hand, are contractual, and the licensee is empowered only to sue the owner for breach of contract; it cannot sue in trespass: Ziff, at p. 270; R. E. Megarry, *A Manual of the Law of Real Property* (8th ed. 2002), at p. 475; see also *Thomas v. Sorrell* (1673), Vaughan 330, 124 E.R. 1098, at p. 1109.

qu'une autorisation de faire ce qui constituerait par ailleurs une violation du droit de propriété » (B. H. Ziff, *Principles of Property Law* (4e éd. 2006), p. 270). Par contre, le cessionnaire se voit conférer un intérêt de propriété par le titulaire initial et prend la place de ce dernier en ce qui concerne les droits cédés. À titre de bénéficiaire d'un intérêt de propriété, le cessionnaire jouit d'un droit opposable à tous, y compris le droit d'intenter contre autrui (dont le cédant) une action pour violation du droit de propriété. En revanche, les droits du licencié sont de nature contractuelle et celle-ci peut seulement intenter contre le titulaire du droit d'auteur une action pour rupture de contrat et non pour violation du droit de propriété : Ziff, p. 270; R. E. Megarry, *A Manual of the Law of Real Property* (8e éd. 2002), p. 475; voir également *Thomas c. Sorrell* (1673), Vaughan 330, 124 E.R. 1098, p. 1109.

A contextual reading of the *Copyright Act* reveals that Parliament has preserved the traditional distinction between assignees and licensees with some modification. Under the present Act, there is a distinction between "assignee", "licensee" and "exclusive licensee". An assignee possesses full ownership rights in the copyright with respect to the rights assigned. A non-exclusive licensee has no property rights in the copyright, and enjoys only contractual rights *vis-à-vis* the owner-licensor. As a result, it cannot sue for infringement. An exclusive licensee, on the other hand, has a limited property interest in the copyright. For reasons explained below, this limited property interest enables the exclusive licensee to sue third parties for infringement but precludes the exclusive licensee from suing the owner-licensor for infringement.

28 Selon une interprétation contextuelle de la *Loi sur le droit d'auteur*, le législateur a maintenu la distinction traditionnelle entre les cessionnaires et les licenciés, sous réserve de certaines modifications. Dans la présente Loi, une distinction est établie entre « cessionnaire », « licencié ou titulaire d'une licence » et « licencié exclusif ou titulaire d'une licence exclusive ». Le cessionnaire a les pleins droits de propriété sur le droit d'auteur en ce qui concerne les droits cédés. Le licencié non exclusif n'a aucun droit de propriété sur le droit d'auteur, et jouit seulement de droits contractuels à l'égard du titulaire-concédant. Il ne peut donc pas intenter une action pour violation du droit d'auteur. Le licencié exclusif a, par contre, un intérêt de propriété limité dans le droit d'auteur. Pour les raisons qui suivent, cet intérêt de propriété limité permet au licencié exclusif d'intenter contre des tiers une action pour violation du droit d'auteur, mais il ne lui permet pas de le faire contre le titulaire-concédant.

Under the Act, the nature of the assignee's interest in the copyright is clear. Section 13(5) states expressly that assignees of copyright are, with the exception of moral rights, on equal footing with the original copyright owner:

29 Dans la Loi, la nature de l'intérêt du cessionnaire est évidente. Le paragraphe 13(5) prévoit expressément que les cessionnaires du droit d'auteur sont sur un pied d'égalité avec le titulaire initial du droit d'auteur, sauf pour ce qui est des droits moraux :

Where, under any partial assignment of copyright, the assignee becomes entitled to any right comprised in copyright, the assignee, with respect to the rights so assigned, and the assignor, with respect to the rights not assigned, shall be treated for the purposes of this Act as the owner of the copyright, and this Act has effect accordingly.

Lorsque, en vertu d'une cession partielle du droit d'auteur, le cessionnaire est investi d'un droit quelconque compris dans le droit d'auteur, sont traités comme titulaires du droit d'auteur, pour l'application de la présente loi, le cessionnaire, en ce qui concerne les droits cédés, et le cédant, en ce qui concerne les droits non cédés, les dispositions de la présente loi recevant leur application en conséquence.

The assignee of an interest in copyright is a copyright owner, and thus enjoys rights against the world, including the right to sue the assignor for infringement. This is because the assignor is no longer the owner of the copyright with respect to the right assigned. This is further reflected by the fact that, under s. 36(2), the assignee is not required to join the assignor as co-plaintiff in an action for copyright infringement. In light of these provisions, I have no difficulty in concluding that an assignee, as a holder of a full property interest in copyright, can sue the assignor for copyright infringement.

Le cessionnaire d'un intérêt dans le droit d'auteur est titulaire du droit d'auteur et il jouit ainsi de droits opposables à tous, y compris celui de poursuivre le cédant pour violation du droit d'auteur. Il en est ainsi parce que le cédant n'est plus le titulaire du droit d'auteur en ce qui concerne le droit cédé. Cela ressort également du fait que, suivant le par. 36(2), le cessionnaire n'est pas tenu d'être constitué codemandeur avec le cédant dans une action pour violation du droit d'auteur. Compte tenu de ces dispositions, je n'ai aucune hésitation à conclure qu'en tant que titulaire d'un plein intérêt de propriété dans le droit d'auteur le cessionnaire peut intenter contre le cédant une action pour violation du droit d'auteur.

30 The status of copyright licensees is different. Parliament has manifested its intent to preserve a distinction between assignees and licensees. There is no provision analogous to s. 13(5) that purports to put licensees or exclusive licensees on equal footing with copyright owners.

La situation des titulaires d'une licence sur un droit d'auteur est différente. Le législateur a manifesté son intention de maintenir une distinction entre les cessionnaires et les licenciés. Il n'existe aucune disposition analogue au par. 13(5) qui est censée placer les licenciés ou les licenciés exclusifs sur un pied d'égalité avec les titulaires du droit d'auteur.

31 The Act does however elevate "exclusive licensees" above mere licensees. Exclusive licensees are not licensees in the common law sense because exclusive licensees under the Act do have a limited proprietary interest in the copyright that has been licensed to them. The rights of exclusive licensees are set out in ss. 2.7, 13(4), 13(6) and 13(7) of the Act. These provisions do not state expressly whether or not an exclusive licensee can sue the licensor for infringement. However, by necessary implication, they enable exclusive licensees to sue third parties but not the owner-licensor for copyright infringement.

La Loi place toutefois les « licenciés exclusifs » au-dessus des simples « licenciés ». Les licenciés exclusifs ne sont pas des licenciés au sens de la common law parce que les licenciés exclusifs au sens de la Loi ont un intérêt de propriété limité dans le droit d'auteur qui leur a été concédé par licence. Les droits des licenciés exclusifs sont énoncés à l'art. 2.7 et aux par. 13(4), 13(6) et 13(7) de la Loi. Ces dispositions ne précisent pas si le licencié exclusif peut poursuivre le concédant pour violation du droit d'auteur. Toutefois, par déduction nécessaire, elles autorisent les licenciés exclusifs à intenter une action pour violation du droit d'auteur contre des tiers, mais non contre le titulaire-concédant.

Section 2.7 defines "exclusive licence" as "an authorization to do any act that is subject to copyright to the exclusion of all others including the copyright owner". The deliberate choice of the term *authorization* is inconsistent with the granting of property or ownership rights. In *CCH*, at para. 38, this Court agreed that "authorize" meant "sanction, approve and countenance". This is consistent with the common law definition of licence (i.e., permission to do something that would otherwise amount to an infringement).

L'article 2.7 définit la « licence exclusive » comme étant « l'autorisation accordée au licencié d'accomplir un acte visé par un droit d'auteur de façon exclusive [. . .] l'exclusion vis[ant] tous les titulaires », y compris le titulaire du droit d'auteur. Le choix délibéré du terme *autorisation* est incompatible avec la concession de droits de propriété. Dans l'arrêt *CCH*, par. 38, notre Cour a convenu qu'« autoriser » signifiait « sanctionner, appuyer ou soutenir ». Cela est compatible avec la définition d'une licence en common law (savoir, la permission de faire ce qui constituerait par ailleurs une violation du droit d'auteur). 32

Section 36(2) further suggests that an exclusive licensee does not possess a full property interest in the copyright. Section 36(1) enables exclusive licensees to sue for infringement, but s. 36(2) states that where "a person other than the copyright owner", namely the exclusive licensee, sues for infringement, "the copyright owner must be made a party to those proceedings". In the present case, KFB and KFS were joined as co-plaintiffs throughout the proceedings. The requirement of joining the licensor to an infringement action suggests that the exclusive licensee does not have a full property interest in the copyright. If the exclusive licensee held a full property interest, it should not need to join the owner in an action for infringement because a property interest — which is a right against the world — implies the right to sue for infringement in one's own name.

En outre, le par. 36(2) indique que le licencié exclusif ne possède pas un plein intérêt de propriété dans le droit d'auteur. Le paragraphe 36(1) permet aux licenciés exclusifs d'intenter une action pour violation du droit d'auteur, mais le par. 36(2) ajoute que, lorsqu'« une personne autre que le titulaire du droit d'auteur », notamment le licencié exclusif, intente une telle action, « le titulaire du droit d'auteur [. . .] doit être constitué partie à ces procédures ». En l'espèce, KFB et KFS ont été constituées codemanderesses tout au long des procédures. L'obligation de constituer le concédant partie à l'action pour violation du droit d'auteur indique que le licencié exclusif ne possède pas un plein intérêt de propriété dans le droit d'auteur. S'il possédait un tel intérêt, il n'aurait pas à être constitué codemandeur avec le titulaire du droit d'auteur dans une action pour violation du droit d'auteur, étant donné qu'un intérêt de propriété — qui est un droit opposable à tous — comporte le droit d'intenter, en son propre nom, une action pour violation du droit d'auteur. 33

I recognize that other provisions of the Act suggest that exclusive licensees can acquire a property interest in the copyright. However, I am of the opinion that the property interest so acquired is limited and does not include an interest that defeats the ownership interest of the licensor or that could constitute the licensor an infringer of its own copyright.

Je reconnais que d'autres dispositions de la Loi indiquent que les licenciés exclusifs peuvent acquérir un intérêt de propriété dans le droit d'auteur. J'estime cependant que l'intérêt de propriété ainsi acquis est limité et que ce n'est pas un intérêt qui fait obstacle à l'intérêt de propriété du concédant ou qui pourrait faire du concédant l'auteur d'une violation de son propre droit d'auteur. 34

Section 13(4) states:

Le paragraphe 13(4) prévoit ceci : 35

The owner of the copyright in any work may assign the right, either wholly or partially, and either generally or subject to limitations relating to territory, medium or sector of the market or other limitations relating to the scope of the assignment, and either for the whole term of the copyright or for any other part thereof, and may grant any interest in the right by licence, but no assignment or grant is valid unless it is in writing signed by the owner of the right in respect of which the assignment or grant is made, or by the owner's duly authorized agent.

Section 13(7) was enacted in 1997 to clarify the meaning of s. 13(4) with respect to exclusive licensees. It states that

For greater certainty, it is deemed always to have been the law that a grant of an exclusive licence in a copyright constitutes the grant of an interest in the copyright by licence.

The use of the term "grant of an interest" in ss. 13(4) and 13(7) would seem to refer to the granting of a property right. This language stands out in comparison to s. 2.7, which suggests that an exclusive licence is not a "grant of an interest" but rather a non-proprietary "authorization" to do something that would otherwise amount to infringement.

36 The "grant of an interest" referred to in ss. 13(4) and 13(7) meant "grant of a property interest": *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363, 2006 SCC 43. At para. 56 of that case, the majority of this Court adopted the following passage from *Ritchie v. Sawmill Creek Golf & Country Club Ltd.* (2004), 35 C.P.R. (4th) 163 (Ont. S.C.J.), at para. 20:

The "grant of an interest" referred to in s. 13(4) is the transfer of a property right as opposed to a permission to do a certain thing. The former gives the licensee the capacity to sue in his own name for infringement, the latter provides only a defence to claims of infringement. To the extent there was any uncertainty as to the meaning of "grant of an interest" and whether this section applied to non-exclusive licences, the issue was resolved in 1997 when the *Copyright Act* was amended to include s. 13(7). . . . [Emphasis added.]

Le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent dûment autorisé.

Le paragraphe 13(7) a été adopté en 1997 afin de préciser le sens du par. 13(4) à l'égard des licenciés exclusifs. En voici le texte :

Il est entendu que la concession d'une licence exclusive sur un droit d'auteur est réputée toujours avoir valu concession par licence d'un intérêt dans ce droit d'auteur.

L'emploi de l'expression « concession [. . .] d'un intérêt » aux par. 13(4) et 13(7) semblerait désigner la concession d'un droit de propriété. Ce libellé se différencie de celui de l'art. 2.7, qui indique qu'une licence exclusive n'est pas une « concession d'un intérêt » mais plutôt une « autorisation » non propriétale de faire ce qui constituerait par ailleurs une violation du droit d'auteur.

La « concession [. . .] d'un intérêt » dont il est question aux par. 13(4) et 13(7) signifie la « concession [. . .] d'un intérêt de propriété » : *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, 2006 CSC 43. Au paragraphe 56 de cet arrêt, la Cour à la majorité a retenu le passage suivant tiré du par. 20 de la décision *Ritchie c. Sawmill Creek Golf & Country Club Ltd.* (2004), 35 C.P.R. (4th) 163 (C.S.J. Ont.) :

[TRADUCTION] La « concession par licence d'un intérêt », dont il est question au par. 13(4), est le transfert d'un droit de propriété par opposition à l'autorisation de faire une certaine chose. Dans le premier cas, le titulaire de la licence peut intenter en son nom une action en contrefaçon; dans le second, il ne peut que contester cette action. Dans la mesure où il existait une certaine incertitude quant au sens de l'expression « concession par licence d'un intérêt » et quant à savoir si elle visait les licences non exclusives, cette incertitude a été résolue en 1997 lorsque la *Loi sur le droit d'auteur* a été modifiée pour y inclure le par. 13(7). . . [Je souligne.]

According to this Court's decision in *Robertson*, the Act permits licensors to convey a *property interest* in the copyright to the exclusive licensee. However, neither *Robertson* nor the words of the Act delineate the precise scope of the exclusive licensee's property interest.

In my view, the exclusive licensee's property interest in the copyright is limited. An exclusive licence is not a complete assignment of copyright. The owner-licensor retains a residual ownership interest in the copyright. The owner-licensor's residual ownership interest precludes it from being liable for copyright infringement. An owner-licensor is liable to its exclusive licensee for breach of the licensing agreement but not for copyright infringement.

In para. 75, Bastarache J. suggests that I have read down the words of s. 2.7 in order to reach this conclusion. And the Kraft companies argued that the words "to the exclusion of all others including the copyright owner" means that the exclusive licensee has standing to sue the owner-licensor for infringement. I would respectfully disagree with both. Section 2.7 must be interpreted with an eye to the other provisions of the Act. Section 2.7 states:

> For the purposes of this Act, an exclusive licence is an authorization to do any act that is subject to copyright to the exclusion of all others including the copyright owner, whether the authorization is granted by the owner or an exclusive licensee claiming under the owner.

An exclusive licence is an "authorization to do any act that is subject to copyright". Under s. 2 of the Act,

> "copyright" means the rights described in
>
> (*a*) section 3, in the case of a work,
>
> . . .

Section 3 includes, *inter alia*, the right to produce and reproduce a work.

Suivant l'arrêt *Robertson* de notre Cour, la Loi autorise les concédants à conférer au licencié exclusif un *intérêt de propriété* dans le droit d'auteur. Toutefois, ni l'arrêt *Robertson* ni le libellé de la Loi ne circonscrit la portée précise de l'intérêt de propriété du licencié exclusif.

37 J'estime que l'intérêt de propriété du licencié exclusif dans le droit d'auteur est limité. Une licence exclusive ne constitue pas une cession complète du droit d'auteur. Le titulaire-concédant conserve un intérêt de propriété résiduel dans le droit d'auteur. Son intérêt de propriété résiduel l'empêche d'être responsable d'une violation du droit d'auteur. Le titulaire-concédant est responsable envers son licencié exclusif d'une rupture du contrat de licence, mais non d'une violation du droit d'auteur.

38 Au paragraphe 75, le juge Bastarache affirme que, pour arriver à cette conclusion, j'ai interprété de façon atténuante le libellé de l'art. 2.7. Puis, les sociétés Kraft allèguent que les termes « l'exclusion vise tous les titulaires », y compris le titulaire du droit d'auteur, signifient que le licencié exclusif a qualité pour intenter contre le titulaire-concédant une action pour violation du droit d'auteur. En toute déférence, je ne partage pas leur avis. Il faut interpréter l'art. 2.7 en fonction des autres dispositions de la Loi. L'article 2.7 est libellé ainsi :

> Pour l'application de la présente loi, une licence exclusive est l'autorisation accordée au licencié d'accomplir un acte visé par un droit d'auteur de façon exclusive, qu'elle soit accordée par le titulaire du droit d'auteur ou par une personne déjà titulaire d'une licence exclusive; l'exclusion vise tous les titulaires.

39 Une licence exclusive est « l'autorisation accordée au licencié d'accomplir un acte visé par un droit d'auteur ». Aux termes de l'art. 2 de la Loi,

> « droit d'auteur » S'entend du droit visé :
>
> *a*) dans le cas d'une œuvre, à l'article 3;
>
> . . .

L'article 3 mentionne notamment le droit de produire et reproduire une œuvre.

40 Section 2.7 is a definitional section, which enshrines the common law definition of exclusive licence in the *Copyright Act*. Section 2.7 defines an exclusive licence as an authorization to do any act that is a right described in s. 3 to the exclusion of all others including the copyright owner (i.e., the right to produce and reproduce a work to the exclusion of all others including the copyright owner). But it says nothing about the consequences of violating that exclusive right. Those consequences and remedies for a violation of an exclusive licence are dealt with in other provisions of the Act, e.g. ss. 27(1) and 36(1). As discussed above, when the definitional and liability provisions are read in context, the necessary conclusion is that an exclusive licensee may sue third parties for infringement, but not the owner of the copyright who is liable only for breach of contract.

L'article 2.7 est une disposition définitoire qui consacre, dans la *Loi sur le droit d'auteur*, la définition de licence exclusive en common law. L'article 2.7 définit la licence exclusive comme étant l'autorisation d'accomplir un acte qui constitue un droit décrit à l'art. 3 de façon exclusive, cette exclusion visant tous les titulaires y compris le titulaire du droit d'auteur (c'est-à-dire le droit de produire et reproduire une œuvre de façon exclusive, laquelle exclusion vise tous les titulaires, y compris le titulaire du droit d'auteur). Toutefois, cette disposition ne renseigne en rien sur les conséquences de la violation de ce droit exclusif. Ces conséquences et les recours qui peuvent être exercés pour la violation d'une licence exclusive sont traités dans d'autres dispositions de la Loi, notamment aux par. 27(1) et 36(1). Comme nous l'avons vu, lorsque les dispositions définitoires et celles relatives à la responsabilité sont interprétées dans leur contexte, la conclusion qui s'impose est que le licencié exclusif peut intenter une action pour violation du droit d'auteur contre des tiers, mais non contre le titulaire du droit d'auteur, qui ne peut être tenu responsable que de rupture de contrat.

41 Comparing the treatment of exclusive licensees and assignees under the Act supports this conclusion. If the exclusive licensee could sue the owner-licensor for infringement, then the rights of exclusive licensees would be identical to those of assignees. However, Parliament has clearly manifested its intent to treat exclusive licensees differently from copyright owners and assignees. First, Parliament used express language in putting assignees on equal footing with copyright owners, but refrained from doing the same with exclusive licensees (s. 13(5)). Second, unlike assignees, the exclusive licensee lacks the capacity to sue for infringement alone; it must join the owner-licensor as a party (s. 36(2)). Third, the language of s. 2.7 defining "exclusive licence" as an "authorization" suggests an interest short of ownership. These are all reasons why the Canadian *Copyright Act* should be interpreted so that an exclusive licensee's property interest in a copyright is limited, such that the exclusive licensee does not have a right against the licensor-owner for

La comparaison du traitement que la Loi réserve aux licenciés exclusifs avec celui qu'elle réserve aux cessionnaires vient étayer cette conclusion. Si le licencié exclusif pouvait intenter contre le titulaire-concédant une action pour violation du droit d'auteur, les droits des licenciés exclusifs seraient alors identiques à ceux des cessionnaires. Le législateur a toutefois clairement manifesté son intention de traiter les licenciés exclusifs différemment des titulaires du droit d'auteur et des cessionnaires. Premièrement, le législateur a expressément indiqué qu'il plaçait les cessionnaires sur un pied d'égalité avec les titulaires du droit d'auteur, mais il s'est abstenu de le faire relativement aux licenciés exclusifs (par. 13(5)). Deuxièmement, contrairement au cessionnaire, le licencié exclusif n'est pas habilité à intenter seul une action pour violation du droit d'auteur; il doit être constitué partie avec le titulaire-concédant (par. 36(2)). Troisièmement, en définissant la « licence exclusive » comme étant une « autorisation », l'art. 2.7 porte à croire qu'il est question d'un intérêt qui ne

infringement of the copyright owned by the licensor-owner.

The U.S. and the U.K. copyright regimes are helpful in elucidating the Canadian approach. Under U.S. copyright law, exclusive licensees have the right to sue the owner-licensor for infringement. U.K. copyright law, by contrast, does not permit exclusive licensees to sue the owner-licensor for infringement.

U.S. Copyright Law

Under U.S. copyright law, "the licensor may be liable to the exclusive licensee for copyright infringement, if the licensor exercises rights that have theretofore been exclusively licensed": *Nimmer on Copyright* (loose-leaf), vol. 3, at pp. 12-58 and 12-59; *United States Naval Institute v. Charter Communications, Inc.*, 936 F.2d 692 (2d Cir. 1991), at p. 695; *Architectronics, Inc. v. Control Systems, Inc.*, 935 F.Supp. 425 (S.D.N.Y. 1996), at p. 434.

However, there are some notable differences between the American and the Canadian statutes. Under the U.S. Act (17 U.S.C. § 101), a "transfer of copyright ownership" is defined as

> an assignment, mortgage, exclusive license, or any other conveyance, alienation, or hypothecation of a copyright or of any of the exclusive rights comprised in a copyright, whether or not it is limited in time or place of effect, but not including a nonexclusive license.

Unlike the Canadian Act, the U.S. statute appears to put exclusive licensees on equal footing with

constitue pas un droit de propriété. Voilà autant de raisons pour lesquelles il y a lieu d'interpréter la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada de manière à ce que l'intérêt de propriété du licencié exclusif soit limité et à ce que le licencié exclusif n'ait pas un droit opposable au titulaire-concédant en cas de violation du droit d'auteur dont ce dernier est titulaire.

42 Les régimes de droits d'auteur en vigueur aux États-Unis et au Royaume-Uni sont utiles pour clarifier l'approche canadienne. Suivant la législation américaine sur le droit d'auteur, les licenciés exclusifs ont le droit d'intenter contre le titulaire-concédant une action pour violation du droit d'auteur. Par contre, la législation du Royaume-Uni sur le droit d'auteur ne les autorise pas à le faire.

Législation américaine sur le droit d'auteur

43 Suivant la législation américaine sur le droit d'auteur, [TRADUCTION] « le concédant peut être responsable de violation du droit d'auteur envers le licencié exclusif s'il exerce des droits qu'il a antérieurement concédés par licence exclusive » : *Nimmer on Copyright* (feuilles mobiles), vol. 3, p. 12-58 et 12-59; *United States Naval Institute c. Charter Communications, Inc.*, 936 F.2d 692 (2d Cir. 1991), p. 695; *Architectronics, Inc. c. Control Systems, Inc.*, 935 F.Supp. 425 (S.D.N.Y. 1996), p. 434.

44 Les lois américaine et canadienne comportent toutefois des différences importantes. La Loi américaine (17 U.S.C. § 101) définit le [TRADUCTION] « transfert de la possession du droit d'auteur » comme étant

> [TRADUCTION] une cession, hypothèque, licence exclusive ou toute autre mesure de transport, d'aliénation ou de nantissement d'un droit d'auteur ou de tout droit exclusif compris dans le droit d'auteur, peu importe que ces mesures soient limitées sur le plan temporel ou géographique, mais à l'exclusion d'une licence non exclusive.

Contrairement à la Loi canadienne, la Loi américaine paraît placer les licenciés exclusifs et les

assignees. Under U.S. copyright law, there would be no functional difference between an "exclusive license" and an "assignment". The two terms had emerged from the 1909 Act, which had put assignees but not exclusive licensees on equal footing with copyright owners. That distinction has since been eliminated under the current Act: *Nimmer on Copyright*, at pp. 10-1 to 10-22. Because exclusive licensees are equated with copyright owners, the exclusive licensee can sue for infringement as an owner, which means that it can sue even the owner-licensor for copyright infringement.

cessionnaires sur un pied d'égalité. Selon la législation américaine sur le droit d'auteur, il n'y aurait aucune différence pratique entre une « licence exclusive » et une « cession ». Les deux expressions émanent de la Loi de 1909, qui avait placé les cessionnaires, mais non les licenciés exclusifs, sur un pied d'égalité avec les titulaires du droit d'auteur. Cette distinction n'existe plus dans la Loi actuelle : *Nimmer on Copyright*, p. 10-1 à 10-22. Vu qu'ils sont assimilés aux titulaires du droit d'auteur, les licenciés exclusifs peuvent, en qualité de titulaire du droit d'auteur, intenter une action pour violation du droit d'auteur, ce qui signifie qu'ils peuvent même intenter une telle action contre le titulaire-concédant.

U.K. Copyright Law

Législation du Royaume-Uni sur le droit d'auteur

45 Under the *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (U.K.), 1988, c. 48, the exclusive licensee lacks the capacity to sue the copyright owner-licensor. Under s. 101(1) of the U.K. Act,

Aux termes de la *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (R.-U.), 1988, ch. 48, le licencié exclusif n'est pas habilité à poursuivre le titulaire-concédant du droit d'auteur. Suivant le par. 101(1) de la Loi du Royaume-Uni,

> [a]n exclusive licensee has, except against the copyright owner, the same rights and remedies in respect of matters occurring after the grant of the licence as if the licence had been an assignment.

> [TRADUCTION] [l]e licencié exclusif possède, sauf à l'égard du titulaire du droit d'auteur, les mêmes droits et recours que dans le cas d'une cession, en ce qui concerne les situations qui surviennent après la concession de la licence.

U.K. commentators have taken this provision to mean that "[t]he exclusive licensee may sue in his own name to restrain infringements occurring after the grant of the licence as if the licence had been an assignment", and that "[e]xcept as against the owner of the right he has the same rights and remedies for infringement of the right as if the licence had been an assignment": H. Laddie et al., *The Modern Law of Copyright and Designs* (3rd ed. 2000), vol. 1, at p. 905; see also L. Bently and B. Sherman, *Intellectual Property Law* (2nd ed. 2004), at pp. 254-55. Consequently, the exclusive licensee is able to sue third parties but not the owner-licensor for infringement: *Griggs Group Ltd. v. Evans*, [2004] F.S.R. 31, [2003] EWHC 2914 (Ch), at para. 58.

Les commentateurs du Royaume-Uni ont considéré que cette disposition signifie que [TRADUCTION] « [l]e licencié exclusif peut, comme dans le cas d'une cession, intenter une action en son propre nom pour freiner les violations de droit d'auteur qui surviennent après la concession de la licence », et que « [s]auf à l'égard du titulaire du droit d'auteur, il possède, relativement à la violation de ce droit, les mêmes droits et recours que dans le cas d'une cession » : H. Laddie et autres, *The Modern Law of Copyright and Designs* (3e éd. 2000), vol. 1, p. 905; voir également L. Bently et B. Sherman, *Intellectual Property Law* (2e éd. 2004), p. 254-255. Le licencié exclusif peut donc intenter une action pour violation du droit d'auteur contre des tiers, mais non contre le titulaire-concédant : *Griggs Group Ltd. c. Evans*, [2004] F.S.R. 31, [2003] EWHC 2914 (Ch), par. 58.

46 Although our Act is not explicit as is the U.K. Act in this regard, a contextual reading of the Canadian

Bien que notre Loi ne soit pas aussi explicite que la Loi du Royaume-Uni à cet égard, une interprétation

Act reveals that exclusive licensees lack the capacity to sue the owner-licensor for infringement. Our Act shares a number of similarities with the U.K. Act, including common origins. In Canada, *The Copyright Act, 1921*, S.C. 1921, c. 24, the precursor to the current Act, was based largely on the British *Copyright Act, 1911*, 1 & 2 Geo. 5, c. 46. Since the 1921 Act was enacted, there have been successive rounds of amendments, but our provisions on licensing and assignments are more similar to that of the U.K. than to the U.S.

contextuelle de la Loi canadienne révèle que les licenciés exclusifs ne sont pas habilités à intenter une action pour violation du droit d'auteur contre le titulaire-concédant. Notre Loi présente un certain nombre de similitudes avec la Loi du Royaume-Uni, dont une origine commune. Au Canada, la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, S.C. 1921, ch. 24, qui a précédé la Loi actuelle, était en grande partie fondée sur la *Copyright Act, 1911* (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, ch. 46. Depuis l'adoption de la Loi de 1921, des séries de modifications se sont succédées, mais nos dispositions concernant les concessions de licence et les cessions ressemblent davantage à celles du Royaume-Uni qu'à celles des États-Unis.

Unlike the U.S. statute, which puts exclusive licensees on equal footing with assignees, the Canadian and U.K. Acts preserve the distinction between exclusive licensees and assignees. Whereas the U.S. statute permits transfers of copyright ownership by way of exclusive licence, the U.K. Act states that a transfer of ownership in copyright can occur only "by assignment, by testamentary disposition or by operation of law, as personal or moveable property" (s. 90(1)). Similarly, s. 13(5) of the Canadian Act states that only the assignee "shall be treated for the purposes of this Act as the owner of the copyright". On their face, the Canadian and U.K. statutes do not permit transfer of copyright ownership by exclusive licence.

47 Contrairement à la Loi américaine, qui place les licenciés exclusifs sur un pied d'égalité avec les cessionnaires, la Loi canadienne et celle du Royaume-Uni maintiennent une distinction entre les licenciés exclusifs et les cessionnaires. Alors que la Loi américaine autorise le transfert, par licence exclusive, de la possession du droit d'auteur, la Loi du Royaume-Uni prévoit que le transfert de la possession du droit d'auteur ne peut être effectué que [TRADUCTION] « par cession, par disposition testamentaire ou par application de la loi, à titre de bien personnel ou meuble » (par. 90(1)). De même, le par. 13(5) de la Loi canadienne précise que seuls les cessionnaires « sont traités comme titulaires du droit d'auteur, pour l'application de la présente loi ». À première vue, la Loi canadienne et celle du Royaume-Uni n'autorisent pas le transfert, par licence exclusive, de la possession du droit d'auteur.

Moreover, the Canadian and U.K. Acts define exclusive licence in similar terms. Section 92(1) of the U.K. Act states:

> In this Part an "exclusive licence" means a licence in writing signed by or on behalf of the copyright owner authorising the licensee to the exclusion of all other persons, including the person granting the licence, to exercise a right which would otherwise be exercisable exclusively by the copyright owner.

48 Qui plus est, la Loi canadienne et celle du Royaume-Uni donnent une définition similaire de la licence exclusive. Le paragraphe 92(1) de la Loi du Royaume-Uni prévoit ceci :

> [TRADUCTION] Dans la présente partie, « licence exclusive » s'entend d'une licence rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit d'auteur, ou en son nom, qui autorise le licencié à exercer de façon exclusive un droit qui, par ailleurs, ne pourrait être exercé que par le titulaire du droit d'auteur; l'exclusion vise tous les titulaires.

This definition is almost identical to s. 2.7 of the Canadian Act. These similarities between the

Cette définition est presque identique à l'art. 2.7 de la Loi canadienne. Les similitudes que présentent

Canadian and U.K. Acts suggest that our Parliament has created a copyright licensing regime similar to that of the U.K. If our Parliament had wanted exclusive licensees to be able to sue the owner-licensor for infringement, it would have put exclusive licensees on equal footing with assignees (as the U.S. Congress has done under its Act) or given exclusive licensees this right in the words of the legislation. The fact that our Parliament has retained a distinction between exclusive licensees and assignees suggests that exclusive licensees under our Act have a limited property interest in the copyright that falls short of ownership. The procedural machinery of the Act enables the exclusive licensee to sue third parties for infringement. However, the owner-licensor is liable to the exclusive licensee only in contract.

la Loi canadienne et celle du Royaume-Uni tendent à indiquer que notre législateur a établi un régime de concession de licence sur le droit d'auteur semblable à celui du Royaume-Uni. Si notre législateur avait voulu que le licencié exclusif puisse intenter une action pour violation du droit d'auteur contre le titulaire-concédant, il aurait placé les licenciés exclusifs sur un pied d'égalité avec les cessionnaires (comme le Congrès américain l'a fait dans sa Loi) ou il aurait expressément accordé ce droit aux licenciés exclusifs dans le texte de la Loi. Le fait que notre législateur ait maintenu une distinction entre les licenciés exclusifs et les cessionnaires porte à croire que les licenciés exclusifs visés par notre Loi ont, dans le droit d'auteur, un intérêt de propriété limité qui ne constitue pas un droit de propriété. Le mécanisme procédural de la Loi habilite le licencié exclusif à intenter contre des tiers une action pour violation du droit d'auteur. Toutefois, le titulaire-concédant n'est responsable que sur le plan contractuel envers le licencié exclusif.

(3) Application to This Case

(3) Application à la présente affaire

49 To establish a claim under s. 27(2)(*e*) against Euro-Excellence, Kraft Canada must show that the makers of the impugned works — the Kraft parent companies — would have infringed copyright if they had made the Toblerone and Côte d'Or labels in Canada instead of Europe. Under the exclusive licence agreements, the Kraft parent companies are not permitted to produce or reproduce the copyrighted works in Canada. However, if, hypothetically, KFS were to produce a copy of a Toblerone logo in Canada, Kraft Canada's only remedy would lie in breach of contract. As owners of the Canadian copyright in the Toblerone and Côte d'Or logos, the Kraft parent companies cannot infringe their own copyright. Although Kraft Canada, as an exclusive licensee, has a property interest in the copyright that enables it to sue third parties for infringement, the Kraft parent companies retain a residual ownership interest in the copyright, which prevents Kraft Canada from suing them for infringement. Kraft Canada has thus failed to establish "hypothetical infringement", which is necessary

Pour justifier une action contre Euro-Excellence fondée sur l'al. 27(2)*e*), Kraft Canada doit démontrer que les auteurs des œuvres contestées — les sociétés mères Kraft — auraient violé le droit d'auteur s'ils avaient fabriqué les étiquettes de Toblerone et de Côte d'Or au Canada plutôt qu'en Europe. Les contrats de licence exclusive n'autorisent pas les sociétés mères Kraft à produire ou à reproduire au Canada les œuvres protégées par le droit d'auteur. Toutefois, dans l'hypothèse où KFS produirait un exemplaire du logo de Toblerone au Canada, le seul recours dont disposerait Kraft Canada serait une action pour rupture de contrat. En tant que titulaires du droit d'auteur canadien sur les logos de Toblerone et de Côte d'Or, les sociétés mères Kraft ne peuvent pas violer leur propre droit d'auteur. Bien que, à titre de titulaire d'une licence exclusive, Kraft Canada ait, dans le droit d'auteur, un intérêt de propriété qui l'habilite à intenter contre des tiers une action pour violation du droit d'auteur, les sociétés mères Kraft conservent, dans ce droit, un intérêt de propriété résiduel qui empêche Kraft

to ground a claim against Euro-Excellence under s. 27(2)(*e*).

The Canadian *Copyright Act* does not extend protection against parallel importation to exclusive licensees. Section 27(2)(*e*) of the *Copyright Act*, read in context with the provisions discussed above, shows that an exclusive licensee cannot sue for secondary infringement where the licensor is the hypothetical infringer because the owner-licensor cannot infringe its own copyright and cannot be sued for copyright infringement. If Parliament decides that this result is problematic, it can amend the *Copyright Act*. In the meantime, this Court must apply the Act that Parliament has given us.

As there is no hypothetical primary infringement, Euro-Excellence cannot have engaged in secondary infringement. I would allow the appeal with costs in this Court and in the courts below.

The following are the reasons delivered by

FISH J. — I agree with the reasons of Justice Rothstein and would dispose of the appeal as he suggests.

Had it been necessary to do so, I would have been inclined to determine whether the appellant is in any event entitled to succeed on its alternative ground relating to the integrity of Canadian law regarding intellectual property rights.

Kraft Foods Belgium SA and Kraft Foods Schweiz AG manufacture and sell chocolate packaged in Europe. The issue in this case is whether the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, entitles them to prevent the sale in Canada of that very same chocolate, packaged exactly as it was when they sold it. Their claim that it does is based on

Canada de les poursuivre pour violation du droit d'auteur. Kraft Canada n'a donc pas établi l'existence de la « violation hypothétique » nécessaire pour justifier une action contre Euro-Excellence fondée sur l'al. 27(2)*e*).

50 Au Canada, la *Loi sur le droit d'auteur* ne protège pas les licenciés exclusifs contre l'importation parallèle. L'alinéa 27(2)*e*) de la *Loi sur le droit d'auteur*, interprété dans son contexte et conjointement avec les dispositions examinées précédemment, montre qu'un licencié exclusif ne peut pas intenter une action pour violation à une étape ultérieure dans le cas où le concédant est l'auteur de la violation hypothétique, du fait que le titulaire-concédant ne peut pas violer son propre droit d'auteur et faire l'objet de poursuites à cet égard. Si le législateur décide que ce résultat pose un problème, il peut modifier la *Loi sur le droit d'auteur*. Dans l'intervalle, la Cour doit appliquer la Loi telle qu'elle a été adoptée par le législateur.

51 En l'absence de violation hypothétique initiale, Euro-Excellence ne peut pas avoir commis une violation à une étape ultérieure. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et les tribunaux d'instance inférieure.

Version française des motifs rendus par

52 LE JUGE FISH — Je souscris aux motifs du juge Rothstein et je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon qu'il propose.

53 Si cela avait été nécessaire, j'aurais été enclin à déterminer si l'appelante peut, de toute manière, invoquer avec succès son moyen subsidiaire concernant l'intégrité du droit canadien en matière de propriété intellectuelle.

54 Kraft Foods Belgium SA et Kraft Foods Schweiz AG fabriquent et vendent du chocolat emballé en Europe. La question en l'espèce est de savoir si la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, leur permet d'empêcher la vente au Canada du même chocolat contenu dans le même emballage que lorsqu'elles l'ont vendu. Leur argument selon

agreements between commonly owned corporations — agreements that have more to do with a monopoly on the sale in Canada of those chocolates than with copyright protection of the "works" that appear on the package. In virtue of identical and simultaneous agreements, and for a nominal amount of $1,000 in each instance, Kraft Belgium and Kraft Schweiz granted Kraft Canada exclusive licences to use those "works".

55 I think it worth noting that the trial judge, in upholding Kraft's claim, proceeded on the assumption that "the sole purpose of [Kraft Belgium and Kraft Schweiz] registering copyright in Canada and then assigning rights to Kraft Canada Inc. was to mount the very attack upon [Euro-Excellence] which is currently before this Court" (*Kraft Canada Inc. v. Euro Excellence Inc.*, [2004] 4 F.C.R. 410, 2004 FC 652, at para. 44 (emphasis added)). For the true purpose of the *Copyright Act*, see *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363, 2006 SCC 43, at para. 69.

56 Without so deciding, I express grave doubt whether the law governing the protection of intellectual property rights in Canada can be transformed in this way into an instrument of trade control not contemplated by the *Copyright Act*.

The reasons of Bastarache, LeBel and Charron JJ. were delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

57 Can a chocolate bar be copyrighted because of protected works appearing on its wrapper? In particular, can s. 27(2) of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, which prohibits parallel importation into Canada of copyrighted works, be used by the respondent Kraft Canada Inc. to prevent the

lequel la Loi les autorise à le faire repose sur des contrats conclus entre des sociétés ayant un même propriétaire — lesquels contrats concernent davantage l'établissement d'un monopole sur la vente du chocolat en question au Canada que la protection conférée par le droit d'auteur à l'égard des « œuvres » figurant sur l'emballage. Dans des contrats identiques conclus simultanément et en contrepartie de la somme symbolique de 1 000 $ dans chaque cas, Kraft Belgium et Kraft Schweiz ont concédé à Kraft Canada des licences exclusives pour l'utilisation de ces « œuvres ».

Il convient, selon moi, de noter que, pour faire droit à l'action de Kraft, le juge de première instance a présumé que « le seul objectif que visait l'enregistrement du droit d'auteur au Canada [par Kraft Belgium et Kraft Schweiz], puis la cession des droits à Kraft Canada Inc., était d'élaborer contre [Euro Excellence] l'attaque même dont la Cour est présentement saisie » (*Kraft Canada Inc. c. Euro Excellence Inc.*, [2004] 4 R.C.F. 410, 2004 CF 652, par. 44 (je souligne)). En ce qui concerne l'objet véritable de la *Loi sur le droit d'auteur*, voir *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, 2006 CSC 43, par. 69.

Sans me prononcer sur cette question, j'exprime un doute sérieux quant à la possibilité de transformer ainsi le droit régissant la protection de la propriété intellectuelle au Canada en un instrument de contrôle du commerce qui n'est pas envisagé par la *Loi sur le droit d'auteur*.

Version française des motifs des juges Bastarache, LeBel et Charron rendus par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

Une tablette de chocolat peut-elle faire l'objet d'un droit d'auteur en raison de la présence d'œuvres protégées sur son emballage? Plus précisément, le par. 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, qui interdit l'importation parallèle au Canada d'œuvres protégées par le droit d'auteur,

appellant, Euro-Excellence Inc., from, in the words of s. 27(2), importing, for the purpose of selling, renting, distributing or trading, genuine Toblerone and Côte d'Or chocolate bars into Canada, without obscuring the logos of those chocolate bars, on the basis that the logos are copyrighted? I conclude that it cannot. Both s. 27(2) and the *Copyright Act* as a whole are about the protection of copyrighted works, not about the importation and sale of consumer goods in general. The merely incidental presence of the copyrighted works on the wrappers of the chocolate bars does not bring the chocolate bars within the protections offered by the *Copyright Act*. This appeal is allowed for the reasons set out below.

peut-il être invoqué par l'intimée, Kraft Canada Inc., pour empêcher l'appelante Euro-Excellence Inc. — pour reprendre les termes du par. 27(2) — d'importer au Canada de véritables tablettes de chocolat Toblerone et Côte d'Or en vue de leur mise en vente ou en location, de leur mise en circulation ou de leur utilisation dans un but commercial, sans dissimuler les logos sur ces produits, pour le motif que les logos sont des œuvres protégées par le droit d'auteur? Je conclus que non. Tant le par. 27(2) que la *Loi sur le droit d'auteur* dans son ensemble concernent la protection d'œuvres protégées par le droit d'auteur, et non l'importation et la vente de biens de consommation en général. La présence simplement accessoire des œuvres protégées sur les emballages des tablettes de chocolat ne rend pas applicables à ces dernières les protections offertes par la *Loi sur le droit d'auteur*. Le présent pourvoi est accueilli pour les motifs exposés ci-après.

II. Facts

Kraft Foods Belgium SA ("KFB") and Kraft Foods Schweiz AG ("KFS") make Côte d'Or and Toblerone chocolate bars in, respectively, Belgium and Switzerland. Kraft Canada Inc. ("KCI") has distributed Toblerone bars in Canada as exclusive Canadian distributor since 1990. KCI was an authorized Canadian distributor of Côte d'Or bars before 1997, and in 2001 entered into an exclusive agreement to distribute the bars in Canada.

Euro-Excellence also imports both Toblerone and Côte d'Or bars into Canada and distributes those bars here. Beginning in 1993, Euro-Excellence was an authorized distributor of Côte d'Or bars, and for a period of approximately three years ending in 2000, Euro-Excellence was the exclusive Canadian distributor of Côte d'Or bars; that distribution contract was not renewed. Since 2000, Euro-Excellence has been importing genuine Côte d'Or bars as an unauthorized distributor. In 2001, Euro-Excellence began importing and distributing genuine Toblerone bars, also on an unauthorized basis.

II. Faits

58 Kraft Foods Belgium SA (« KFB ») et Kraft Foods Schweiz AG (« KFS ») fabriquent les tablettes de chocolat Côte d'Or et Toblerone en Belgique et en Suisse, respectivement. Kraft Canada Inc. (« KCI ») est le distributeur exclusif des tablettes de chocolat Toblerone au Canada depuis 1990. KCI était un distributeur autorisé des tablettes de chocolat Côte d'Or au Canada avant 1997; en 2001, elle a conclu un accord qui en faisait le distributeur exclusif de ces tablettes au Canada.

59 Euro-Excellence importe et met elle aussi en circulation les tablettes de chocolat Toblerone et Côte d'Or au Canada. Euro-Excellence est devenue un distributeur autorisé des tablettes de chocolat Côte d'Or en 1993 et, pendant une période d'environ trois ans se terminant en 2000, elle en a été le distributeur exclusif au Canada. Toutefois, son contrat de distribution n'a pas été renouvelé. Depuis 2000, Euro-Excellence importe de véritables tablettes de chocolat Côte d'Or sans en être un distributeur autorisé. En 2001, Euro-Excellence a commencé à importer et à mettre en circulation de véritables tablettes de chocolat Toblerone, sans en être non plus un distributeur autorisé.

60 Thus, from 2001 until the present litigation commenced, KCI was the exclusive licensed Canadian distributor of both Côte d'Or and Toblerone bars (that is, KCI had exclusive importation and distribution contracts with KFB and KFS, respectively). Notwithstanding these exclusivity agreements, Euro-Excellence continued to import and distribute both Côte d'Or and Toblerone bars which it had acquired legally in Europe. Euro-Excellence was successful enough in its distribution of the chocolate bars to give KCI cause to attempt to find a way to prevent Euro-Excellence from importing and distributing them.

61 It is not contested that KCI is the owner in Canada of the trade-marks "Côte d'Or" and "Toblerone". KCI does not rely in this dispute on its rights as trade-mark holder.

62 On October 25, 2002, KFB registered three Côte d'Or logos in Canada as copyrighted works in the artistic category. That same day, a licensing agreement between KFB and KCI was also registered, pursuant to which KCI purported to acquire

> the sole and exclusive right and license in the Territory to produce, reproduce and adapt the Works or any substantial part thereof, in any material form whatever, and to use and publicly present the Works in association with the manufacture, distribution or sale in Canada of confectionery products, including, but not limited to, chocolate.

The agreement provided that KCI pay KFB $1,000 per year for the licence.

63 Also on October 25, 2002, KFS registered two Toblerone logos in Canada as copyrighted works in the artistic category, and entered into a substantially similar licensing agreement with KCI. Again, KCI was to pay $1,000 per year for the licence.

Ainsi, de 2001 jusqu'à la naissance du présent litige, KCI était, au Canada, le seul distributeur autorisé des tablettes de chocolat Côte d'Or et Toblerone (c'est-à-dire que KCI avait avec KFB et KFS, respectivement, des contrats d'exclusivité pour l'importation et la mise en circulation de ces produits). Malgré ces contrats d'exclusivité, Euro-Excellence a continué d'importer et de mettre en circulation des tablettes de chocolat Côte d'Or et Toblerone qu'elle avait achetées en toute légalité en Europe. Euro-Excellence a suffisamment bien réussi à mettre en circulation ces tablettes de chocolat pour que KCI cherche un moyen de l'empêcher d'en faire l'importation et la mise en circulation.

Personne ne conteste que KCI est, au Canada, le titulaire des marques de commerce « Côte d'Or » et « Toblerone ». Dans le présent litige, KCI n'invoque pas ses droits en tant que titulaire de marques de commerce.

Le 25 octobre 2002, KFB a enregistré au Canada trois logos de Côte d'Or en tant qu'œuvres protégées par le droit d'auteur dans la catégorie des œuvres artistiques. Le même jour, le contrat de licence conclu entre KFB et KCI a aussi été enregistré, lequel conférait à KCI

> [TRADUCTION] l'autorisation et le droit exclusifs de produire, de reproduire et d'adapter les œuvres ou une partie importante de celles-ci sur le territoire, sous une forme matérielle quelconque, et d'utiliser et de présenter publiquement les œuvres en liaison avec la fabrication, la mise en circulation ou la vente au Canada de produits de confiserie, notamment du chocolat.

Aux termes de ce contrat, KCI devait verser à KFB la somme annuelle de mille dollars pour la licence.

Le 25 octobre 2002 également, KFS a enregistré au Canada deux logos de Toblerone en tant qu'œuvres protégées par le droit d'auteur dans la catégorie des œuvres artistiques et a conclu avec KCI essentiellement le même type de contrat de licence. Là encore, KCI était tenue de verser la somme annuelle de mille dollars pour la licence.

Armed with these new copyrights, KCI called upon Euro-Excellence to cease and desist distribution of any product to which the copyrighted works were affixed. When Euro-Excellence refused, KCI brought this action.

III. Judicial History

A. *Federal Court*, [2004] 4 F.C.R. 410, 2004 FC 652

In the Federal Court, Harrington J. described KCI's copyright action as an "interesting strategy in an effort to thwart Euro Excellence's distribution of" the chocolate bars (para. 4). (I will henceforth refer to the Côte d'Or and Toblerone bars collectively as "the chocolate bars" since there are no substantial differences in the treatment of the bars for the purposes of these reasons.) Harrington J. first found that at least some of the logos were original artistic works which were properly subject to copyright (paras. 34 and 37). (For simplicity's sake I will refer only to those logos from this point on.) Having made this determination, he then turned to an analysis of s. 27(2) of the Act, and held that, consistent with the modern approach to statutory interpretation, s. 27(2) gave KCI a monopoly in the use of the copyrighted logos (para. 53).

In response to Euro-Excellence's argument that "copyright in a work cannot be used to prevent competitive distribution of goods, or at least in circumstances such as this where the copyright works are merely ancillary to the main product", the trial judge declined to interpret the Act in such a way as to limit KCI's rights (paras. 55-60). Harrington J. referred to the Australian case of *R. & A. Bailey & Co. v. Boccaccio Pty. Ltd.* (1986), 84 F.L.R. 232 (N.S.W.S.C.), in which a claim similar to KCI's was allowed; he also noted that the Australian copyright legislation was thereafter amended to provide that copyright in a work is not infringed by importation of an article if the work is an accessory (such

Munie de ces nouveaux droits d'auteur, KCI a mis Euro-Excellence en demeure de cesser de distribuer tout produit sur lequel figuraient les œuvres protégées par le droit d'auteur. Devant le refus opposé par Euro-Excellence, KCI a intenté la présente action. 64

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour fédérale*, [2004] 4 R.C.F. 410, 2004 CF 652

En Cour fédérale, le juge Harrington a qualifié l'action pour violation du droit d'auteur intentée par KCI de « stratégie intéressante pour déjouer la distribution [des tablettes de chocolat] par Euro Excellence » (par. 4). (J'utiliserai ci-après le terme « les tablettes de chocolat » pour désigner collectivement les tablettes de chocolat Côte d'Or et Toblerone, puisque rien ne les distingue vraiment pour les besoins des présents motifs.) Le juge Harrington a d'abord conclu que certains logos, tout au moins, étaient effectivement des œuvres artistiques originales qui étaient visées à juste titre par le droit d'auteur (par. 34 et 37). (Par souci de simplicité, il ne sera question ci-après que de ces logos.) Après avoir tranché ce point, le juge Harrington a analysé le par. 27(2) de la Loi et a statué que, conformément à la méthode moderne d'interprétation législative, le par. 27(2) conférait à KCI un monopole sur l'utilisation des logos protégés par le droit d'auteur (par. 53). 65

En réponse à l'argument d'Euro-Excellence selon lequel « le droit d'auteur sur une œuvre ne saurait être utilisé pour empêcher la distribution concurrentielle de marchandises, ou du moins, dans des circonstances comme en l'espèce, lorsque les œuvres protégées par le droit d'auteur ne sont qu'accessoires au produit principal », le juge de première instance a refusé d'interpréter la Loi de manière à restreindre les droits de KCI (par. 55-60). Le juge Harrington a mentionné l'arrêt australien *R. & A. Bailey & Co. c. Boccaccio Pty. Ltd.* (1986), 84 F.L.R. 232 (N.S.W.S.C.), dans lequel une action semblable à celle de KCI a été accueillie. Il a ajouté que la loi australienne sur le droit d'auteur a 66

as a label or package) to the imported article. In light of the Australian history, Harrington J. found in favour of KCI:

> Although, of course, not binding, I find the Bailey's Irish Cream case persuasive and come to the same conclusion under our Act. I am not prepared to simply use the *Copyright Act* as a touchstone for an imaginative frolic of my own. The language is clear, and the very purpose of the Act is to prevent unauthorized distribution of copyrighted works. [para. 60]

67 On the basis of this logic, Harrington J. awarded KCI damages in the amount of $300,000 and an injunction restraining Euro-Excellence from selling, distributing, exposing or offering for sale any copies of the copyrighted logos. He did not enjoin Euro-Excellence from distributing the bars altogether. Instead, he held that the appropriate order was "that the product be rendered non-infringing" (para. 64).

68 Subsequent to his original order, Harrington J. refused a motion for reconsideration ((2004), 33 C.P.R. (4th) 242, 2004 FC 832) and provided instructions on negotiations between KCI and Euro-Excellence regarding Euro-Excellence's attempts to conform to the terms of the injunction by covering the copyrighted material with opaque self-sticking plastic film ((2004), 35 C.P.R. (4th) 193, 2004 FC 1215).

B. *Federal Court of Appeal*, [2006] 3 F.C.R. 91, 2005 FCA 427

69 The Federal Court of Appeal refused to allow an appeal of the decision of Harrington J. Writing for Noël and Pelletier JJ.A., Justice Desjardins found that the only two issues which warranted

été modifiée par la suite de façon à prévoir que l'importation d'un article comportant une œuvre protégée ne constitue pas une violation du droit d'auteur si l'œuvre en question est un élément accessoire (comme une étiquette ou un emballage) de l'article importé. À la lumière de la décision australienne, le juge Harrington a rendu une décision favorable à KCI :

> Bien qu'elle ne soit évidemment pas obligatoire, j'estime convaincante la décision dans l'affaire Baileys Irish Cream et je tire la même conclusion en vertu de notre Loi. Je ne suis pas disposé à n'utiliser la *Loi sur le droit d'auteur* que comme pierre de touche pour une fantaisie de mon imagination. Le libellé est clair et le véritable objet de la Loi est d'empêcher la distribution non autorisée d'œuvres protégées par le droit d'auteur. [par. 60]

Se fondant sur ce raisonnement, le juge Harrington a accordé à KCI des dommages-intérêts de 300 000 $ et une injonction interdisant à Euro-Excellence de mettre en vente, mettre en circulation, exposer ou offrir en vente des exemplaires des logos protégés par le droit d'auteur. Il n'a pas enjoint à Euro-Excellence de cesser purement et simplement de mettre en circulation les tablettes de chocolat. Il a plutôt estimé qu'il convenait de prononcer une ordonnance « pour empêcher que le produit ne constitue une contrefaçon du droit d'auteur » (par. 64).

Après avoir rendu son ordonnance initiale, le juge Harrington a rejeté une requête en réexamen ([2004] A.C.F. nº 1015 (QL), 2004 CF 832) et a donné des directives applicables aux négociations entre KCI et Euro-Excellence portant sur les tentatives d'Euro-Excellence de se conformer à l'injonction en recouvrant le matériel protégé par le droit d'auteur d'une pellicule de plastique opaque autoadhésive ([2004] A.C.F. nº 1464 (QL), 2004 CF 1215).

B. *Cour d'appel fédérale*, [2006] 3 R.C.F. 91, 2005 CAF 427

La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel interjeté contre la décision du juge Harrington. S'exprimant en son propre nom et en celui des juges Noël et Pelletier, la juge Desjardins a estimé que seules

consideration by the Court of Appeal were the interpretation of s. 27(2) of the *Copyright Act* and the appropriateness of the damages award.

Desjardins J.A. focussed her analysis on whether KCI's claim required proof that the copies of the works imported by Euro-Excellence would have infringed copyright had they been made in Canada. She noted that *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13, at para. 82, held that "[a]bsent primary infringement, there can be no secondary infringement", but distinguished it on the grounds that the wording of s. 27(2)(*e*) did not require proof of primary infringement abroad in order to ground a finding of secondary infringement by way of importation. In her view:

> [S]ubsection 27(2) itself provides that secondary infringement occurs when any of the things referred to in paragraphs 27(2)(*a*) to (*c*) is done, when the production or reproduction of the work in question would be an infringement if the copy had been made in Canada by the person who made it. [para. 60]

Since KCI held the exclusive right of reproduction for Canada, even as against KFB and KFS, the mere fact that KFB and KFS were entitled to reproduce the protected works abroad did not excuse Euro-Excellence of liability for importing them. Desjardins J.A.'s reasons do not address the wording of paras. (*a*) to (*c*) of s. 27(2), or the question of whether Euro-Excellence's activities had violated the terms of those paragraphs in any detail.

Desjardins J.A. allowed the appeal in part and dismissed the cross-appeal. She referred the matter of damages back to the trial judge. Harrington J. heard further submissions and confirmed his original order that damages be awarded in the amount of $300,000 ((2006), 50 C.P.R. (4th) 425, 2006 FC 453).

les questions de l'interprétation du par. 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* et de la justesse de la condamnation à des dommages-intérêts méritaient d'être examinées par la Cour d'appel.

70 La juge Desjardins a mis l'accent sur la question de savoir si l'action intentée par KCI obligeait celle-ci à prouver que les exemplaires des œuvres importés par Euro-Excellence auraient constitué une violation du droit d'auteur s'ils avaient été produits au Canada. Elle a souligné que, dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13, par. 82, notre Cour a jugé qu'en « l'absence de violation initiale, il ne peut y avoir de violation à une étape ultérieure », mais elle a établi une distinction avec cet arrêt en affirmant que le libellé de l'al. 27(2)*e*) n'exigeait pas la preuve d'une violation initiale à l'étranger pour qu'il soit possible de conclure à une violation à une étape ultérieure du fait de l'importation. Elle a exprimé l'avis suivant :

> [De] par les termes mêmes du paragraphe 27(2) de la Loi, [. . .] il y a violation du droit d'auteur à une étape ultérieure dans l'accomplissement des actes énumérés aux alinéas 27(2)*a*) à *c*), quand la production ou la reproduction de l'œuvre en question constituerait une violation si elle avait été produite au Canada par la personne qui l'a produite. [par. 60]

Étant donné que KCI détenait le droit de reproduction exclusif pour le Canada, qu'elle pouvait même opposer à KFB et à KFS, Euro-Excellence n'était pas dégagée de toute responsabilité relative à l'importation des œuvres en question du seul fait que KFB et KFS avaient le droit de reproduire les œuvres protégées à l'étranger. Dans ses motifs, la juge Desjardins n'examine pas en détail le libellé des al. 27(2)*a*) à *c*) ou la question de savoir si, par ses activités, Euro-Excellence avait contrevenu à ces alinéas.

71 La juge Desjardins a accueilli l'appel en partie et a rejeté l'appel incident. Elle a renvoyé l'affaire au juge de première instance pour qu'il tranche la question des dommages-intérêts. Le juge Harrington a entendu des observations additionnelles et a confirmé son ordonnance initiale accordant des dommages-intérêts de 300 000 $ ([2006] A.C.F. n° 563 (QL), 2006 CF 453).

IV. Analysis

A. *The Issue*

72 The issue that needs to be determined in this appeal is the proper interpretation of s. 27(2) of the *Copyright Act*. It provides as follows:

> It is an infringement of copyright for any person to
>
> (*a*) sell or rent out,
>
> (*b*) distribute to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright,
>
> (*c*) by way of trade distribute, expose or offer for sale or rental, or exhibit in public,
>
> (*d*) possess for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (*a*) to (*c*), or
>
> (*e*) import into Canada for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (*a*) to (*c*),
>
> a copy of a work, sound recording or fixation of a performer's performance or of a communication signal that the person knows or should have known infringes copyright or would infringe copyright if it had been made in Canada by the person who made it.

73 As the wording of the provision makes clear, KCI's claim against Euro-Excellence, which is made under para. (*e*), stands or falls on the interpretation of paras. (*a*) to (*c*). Paragraph (*e*) is violated only if the defendant can be shown to have imported the copyrighted works for the purposes of doing one of the acts set out in paras. (*a*) to (*c*).

74 Given this structure, what is needed is an interpretation of s. 27(2)(*a*) to (*c*) of the Act. At para. 9 of this Court's decision in *CCH*, the Chief Justice set out the proper approach to interpreting the *Copyright Act*:

> In interpreting the scope of the *Copyright Act*'s rights and remedies, courts should apply the modern approach to statutory interpretation whereby "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the

IV. Analyse

A. *La question en litige*

La question devant être tranchée en l'espèce est celle de l'interprétation que doit recevoir le par. 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui est ainsi libellé :

> Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement de tout acte ci-après en ce qui a trait à l'exemplaire d'une œuvre, d'une fixation d'une prestation, d'un enregistrement sonore ou d'une fixation d'un signal de communication alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit, ou en constituerait une si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit :
>
> *a*) la vente ou la location;
>
> *b*) la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur;
>
> *c*) la mise en circulation, la mise ou l'offre en vente ou en location, ou l'exposition en public, dans un but commercial;
>
> *d*) la possession en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas *a*) à *c*);
>
> *e*) l'importation au Canada en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas *a*) à *c*).

Comme l'indique clairement le libellé de cette disposition, l'issue de l'action que KCI a intentée contre Euro-Excellence sur le fondement de l'al. *e*) dépend de l'interprétation que doivent recevoir les al. *a*) à *c*). L'alinéa *e*) n'est enfreint que s'il est possible de démontrer que le défendeur a importé des œuvres protégées par le droit d'auteur en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux al. *a*) à *c*).

En raison de cette structure, il faut interpréter les al. 27(2)*a*) à *c*) de la Loi. Au paragraphe 9 de l'arrêt *CCH* de notre Cour, la Juge en chef a énoncé la façon dont la *Loi sur le droit d'auteur* doit être interprétée :

> Pour définir les droits et recours conférés par la *Loi sur le droit d'auteur*, les tribunaux doivent recourir à l'approche moderne en matière d'interprétation législative selon laquelle « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire

scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87.

Thus, to properly interpret s. 27(2), we need to turn to an examination of the scheme and object of the *Copyright Act*. My colleague Rothstein J., at para. 4 of his reasons, would require a precise statutory provision to determine the scope of the protection afforded under s. 27(2). He believes that I am introducing a concept of legitimate interests to read down rights afforded by the *Copyright Act* (para. 7), that I am even introducing a new equitable doctrine (para. 8) or trying to substitute my policy preferences to those of Parliament (para. 3). I am simply applying our rules of statutory interpretation consistently to determine legislative intent and must, in doing so, give proper attention to the legislative context by looking at the provisions under scrutiny, the Act in general and the other legislative provisions that apply to related concepts. Rothstein J. does recognize in his own reasons that this legislation has to be interpreted in its proper legislative context and that it is not true that this Act is worded in such a way that no inferences have to be made. At paras. 34, 35 and 37 for instance, he finds that an exclusive licensee's property interest is limited, and restricts the application of ss. 13(6) and 36(1), ascribing a particular meaning and scope to the word "authorization" in s. 2.7, where the legislator clearly said that an exclusive licensee could do any act that is subject to copyright to the exclusion of all others "including the copyright owner". At para. 31, he speaks of limitations on the rights of exclusive licensees that are found by "necessary implication". I think the purpose of s. 27(2) is determinative and that I need not deal with the licensing issue. I would however agree with Abella J. that the language of s. 2.7 is perfectly clear (para. 114), that a grant is a grant (para. 115), and that the grant in the present case is for an exclusive licence giving the "sole and exclusive right" to the copyright (para. 123). That right can be enforced under s. 36(1). It is obvious to me that Rothstein J. must therefore be wrong when he states at para. 22 that hypothetical infringement has not been made out. The Kraft

et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26, où notre Cour cite E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87.

75 Pour interpréter correctement le par. 27(2), il faut donc examiner l'économie et l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur*. Au paragraphe 4 de ses motifs, mon collègue le juge Rothstein est d'avis qu'il faudrait une disposition législative précise pour déterminer l'étendue de la protection offerte par le par. 27(2). Il estime que j'introduis une notion d'intérêts légitimes pour atténuer la portée des droits conférés par la *Loi sur le droit d'auteur* (par. 7), que j'introduis même une nouvelle théorie d'equity (par. 8) ou que je tente de substituer mes préférences en matière de politique générale à celles du législateur (par. 3). Je ne fais qu'appliquer systématiquement nos règles d'interprétation législative afin de déterminer l'intention du législateur et, ce faisant, je dois dûment tenir compte du contexte législatif en examinant les dispositions en cause, la Loi en général et les autres dispositions législatives qui s'appliquent à des concepts connexes. En fait, le juge Rothstein reconnaît dans ses propres motifs que la présente loi doit être interprétée dans son véritable contexte législatif et qu'il est inexact qu'elle est libellée d'une façon telle qu'aucune inférence n'est nécessaire. Aux paragraphes 34, 35 et 37, par exemple, il conclut que l'intérêt de propriété conféré au licencié exclusif est limité, et il restreint l'application des par. 13(6) et 36(1) en attribuant une signification et une portée particulières au mot « autorisation » figurant à l'art. 2.7, où le législateur affirme clairement que le licencié exclusif peut accomplir un acte visé par le droit d'auteur de façon exclusive, « l'exclusion vis[ant] tous les titulaires », y compris le titulaire du droit d'auteur. Au paragraphe 31, le juge Rothstein évoque les limites des droits des licenciés exclusifs, auxquelles il faut conclure « par déduction nécessaire ». Selon moi, l'objet du par. 27(2) est déterminant et je n'ai pas à me pencher sur la question de la concession d'une licence. Toutefois, je serais d'accord avec la juge Abella pour dire que le libellé de l'art. 2.7 est parfaitement clair (par. 114), qu'une concession est une concession (par. 115) et que la concession en

parent companies in Europe could not have made a copy of the work in Canada without infringing the copyright. Furthermore, I see no legal justification for limiting the right of the licensee to a claim in contract (para. 27); this would be a clear contradiction of the terms of s. 36(1). Still I see no point in pursuing this course when the reasons of Rothstein J. clearly imply that the purpose of the Act could be circumvented by an assignment of the copyright rather than by the granting of a licence.

B. *The Purpose of the Copyright Act*

76 In *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34, Binnie J. set out the dual objectives of the *Copyright Act*, at paras. 30-31:

> The *Copyright Act* is usually presented as a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator . . . .
>
> The proper balance among these and other public policy objectives lies not only in recognizing the creator's rights but in giving due weight to their limited nature.

As the Chief Justice noted in *CCH*, at para. 10, applications of the *Copyright Act* should attempt "to maintain an appropriate balance between these two goals". It is also important to keep in mind Binnie J.'s holding in *Théberge* which limits copyright protection to the "legitimate economic interests" of the copyright holder (para. 38 (emphasis added)).

77 The *CCH* decision recognized the "limited nature" of the rights of a copyright holder in two

l'espèce est celle d'une licence exclusive conférant le « droit exclusif » au droit d'auteur (par. 123). Ce droit peut être exercé en vertu du par. 36(1). Il est évident, selon moi, que le juge Rothstein doit donc avoir tort d'affirmer, au par. 22, que l'existence d'une violation hypothétique n'a pas été établie. Les sociétés mères Kraft en Europe ne pouvaient pas avoir reproduit l'œuvre au Canada sans violer le droit d'auteur. J'estime, en outre, que restreindre le droit du licencié à un recours fondé sur la responsabilité contractuelle n'est aucunement justifié sur le plan juridique (par. 27); cela contredirait clairement le libellé du par. 36(1). Je ne vois toujours pas l'utilité d'emprunter cette voie alors que les motifs du juge Rothstein impliquent manifestement qu'il serait possible de contourner l'objet de la Loi par la cession du droit d'auteur plutôt que par la concession d'une licence.

B. *L'objet de la Loi sur le droit d'auteur*

Dans l'arrêt *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34, le juge Binnie a énoncé, aux par. 30-31, le double objectif de la *Loi sur le droit d'auteur* :

> La Loi est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur . . .
>
> On atteint le juste équilibre entre les objectifs de politique générale, dont ceux qui précèdent, non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits.

Comme la Juge en chef l'a souligné au par. 10 de l'arrêt *CCH*, les tribunaux doivent s'efforcer de « maintenir un juste équilibre entre ces deux objectifs » en appliquant la *Loi sur le droit d'auteur*. Il importe également de se rappeler que, dans l'arrêt *Théberge*, le juge Binnie a conclu que la protection conférée par le droit d'auteur ne vise que les « intérêts économiques légitimes » du titulaire du droit d'auteur (par. 38 (je souligne)).

Dans l'arrêt *CCH*, la Cour a reconnu, de deux façons importantes, la « nature limitée » des droits

important ways: in its definition of originality and in its treatment of fair dealing.

The *Copyright Act* protects original works only. In *CCH*, the Chief Justice held that, to be considered original in the sense required by the Act, a work must be the result of "an exercise of skill and judgment" (para. 16). This standard is consistent with the purpose of the Act, in that it provides a just reward for the labour of the creator; a "creativity" standard of originality was rejected insofar as it required novelty or uniqueness for copyright protection and failed to take account of the division between copyright and patent: *CCH*, at para. 24. However the skill and judgment standard does not provide a reward for *all* types of labour: the "sweat of the brow" standard of originality was rejected in *CCH* because it fails to take account of the "knowledge, developed aptitude or practised ability" and "capacity for discernment or ability to form an opinion or evaluation" which are the special hallmarks of the types of labour which produce the type of works protected by the *Copyright Act* (*CCH*, at paras. 16 and 24).

The *CCH* decision recognized the limited nature of the rights of a copyright holder in its treatment of fair dealing, which recognized that, unlike other exceptions, fair dealing is an essential part of copyright protection, and therefore that fair dealing is constitutive of the idea of the wrong in copyright law. Not every substantial reproduction of a copyrighted work counts as an infringement of copyright. This logic is clarified by Professor Abraham Drassinower in his article "Taking User Rights Seriously", in M. Geist, ed., *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law* (2005), 462. As Drassinower writes, at p. 470, "Fair dealing stands for the proposition that responding to another's work in one's own does not mean that one's work is any less one's own. Thus the defendant who makes out the fair dealing defence is an author in her own right." This is consistent with the understanding of copyright discussed above: sometimes

du titulaire du droit d'auteur : dans sa définition du mot « originalité » et dans sa façon de traiter l'utilisation équitable.

78 La *Loi sur le droit d'auteur* protège uniquement les œuvres originales. Dans l'arrêt *CCH*, la Juge en chef a déclaré que, pour être originale au sens de la Loi, une œuvre doit résulter de « l'exercice du talent et du jugement » (par. 16). Ce critère est conforme à l'objet de la Loi en ce sens qu'il accorde une juste récompense pour le travail du créateur. Le critère d'originalité fondé sur la « créativité » a été rejeté parce qu'il exigeait que l'œuvre soit nouvelle ou unique pour être protégée par le droit d'auteur et parce qu'il ne tenait pas compte de la différence entre droit d'auteur et brevet : *CCH*, par. 24. Toutefois, le critère de l'exercice du talent et du jugement n'accorde pas une récompense pour *tous* les types de travail : le critère d'originalité fondé sur « l'effort » a été rejeté dans l'arrêt *CCH* parce qu'il ne tient compte ni du recours « aux connaissances personnelles, à une aptitude acquise ou à une compétence issue de l'expérience », ni de « la faculté de discernement ou [de] la capacité de se faire une opinion ou de procéder à une évaluation », lesquels caractérisent les types de travail qui produisent les types d'œuvres protégés par la *Loi sur le droit d'auteur* (*CCH*, par. 16 et 24).

79 Dans l'arrêt *CCH*, la Cour a reconnu la nature limitée des droits du titulaire du droit d'auteur dans sa façon de traiter l'utilisation équitable, en admettant que, contrairement aux autres exceptions, l'utilisation équitable constitue une partie essentielle de la protection conférée par le droit d'auteur et que, par conséquent, elle permet de déterminer ce qui constitue une faute en matière de droit d'auteur. La reproduction d'une partie importante d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ne constitue pas toujours une violation du droit d'auteur. Le professeur Abraham Drassinower explique ce raisonnement dans son article intitulé « Taking User Rights Seriously », dans M. Geist, dir., *In the Public Interest : The Future of Canadian Copyright Law* (2005), 462. Comme il l'écrit à la p. 470, [TRADUCTION] « [l]'utilisation équitable signifie qu'on n'est pas nécessairement dans une moindre mesure l'auteur d'une œuvre parce qu'on y répond

a substantial reproduction of a copyrighted work will not be an infringement, because copyright protection is limited to protection of legitimate economic interests which are the result of an exercise of skill and judgment, and that protection must not be extended beyond its proper limits.

à l'œuvre d'un autre auteur. Ainsi, le défendeur qui invoque l'utilisation équitable comme moyen de défense est lui-même un auteur. » Cette observation s'accorde avec l'interprétation du droit d'auteur analysée plus haut : il peut arriver que la reproduction d'une partie importante d'une œuvre protégée ne constitue pas une violation du droit d'auteur parce que la protection conférée par le droit d'auteur vise uniquement les intérêts économiques légitimes qui résultent de l'exercice du talent et du jugement, et ne doit pas être étendue au-delà des limites qu'elle doit avoir.

80 The *CCH* decision thus confirms that in order to protect the essential balance which lies at the heart of copyright law, care must be taken to ensure that copyright protection is not allowed to extend beyond the legitimate interests of a copyright holder. Copyright will not be granted to works which are not the result of an exercise of skill and judgment, which is the special kind of labour for which copyright is the appropriate protection. Similarly, once copyright is granted in a given work, the protection that it provides must not be extended beyond its natural limits, and must take proper account of user rights such as the right to deal fairly with a copyrighted work. It is useful to note here that, while copyright protection results from an action of an individual — that is, the exercise of skill and judgment in creating an original work — that protection inheres in the work created, rather than its creator. In this manner, a copyrighted work is a form of property which may be transferred or licensed to others. But the rights transferred to a licensee must be limited in the same way as those of the original creator of the work to the legitimate economic interests resulting from the exercise of skill and judgment.

Ainsi, l'arrêt *CCH* confirme que, pour maintenir l'équilibre essentiel qui se trouve au cœur de la législation sur le droit d'auteur, il faut veiller à ce que la protection conférée par le droit d'auteur n'aille pas au-delà des intérêts légitimes du titulaire de ce droit. Le droit d'auteur ne peut pas être accordé à l'égard des œuvres ne résultant pas de l'exercice du talent et du jugement, qui est le type particulier de travail pour lequel le droit d'auteur offre la protection appropriée. De même, dès que le droit d'auteur est accordé à l'égard d'une œuvre, la protection qu'il confère ne doit pas excéder ses limites naturelles et doit dûment tenir compte des droits des utilisateurs, tel celui d'utiliser équitablement une œuvre protégée par le droit d'auteur. Il est utile de noter ici que, même si elle découle de l'action d'une personne — c'est-à-dire de l'exercice du talent et du jugement requis pour créer une œuvre originale —, la protection conférée par le droit d'auteur s'applique à l'œuvre et non à son créateur. De ce fait, l'œuvre protégée constitue une forme de propriété qui peut faire l'objet d'un transfert ou d'un contrat de licence. Cependant, les droits transférés au licencié doivent, à l'instar de ceux du créateur de l'œuvre, être limités aux intérêts économiques légitimes résultant de l'exercice du talent et du jugement.

81 This Court's recent decision in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427, 2004 SCC 45, confirms this purposive interpretation of the Act. In that case, Binnie J. wrote, at para. 116: "'Caching' is dictated by the need to deliver faster and more economic

Notre Cour confirme cette interprétation téléologique de la Loi dans l'arrêt récent *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, 2004 CSC 45. Le juge Binnie y a écrit, au par. 116 : « La "mise en antémémoire" est dictée par la nécessité d'offrir

service, and should not, when undertaken only for such technical reasons, attract copyright liability" (emphasis added). While "caching" is certainly an instance of substantial reproduction, it is a technical process only; as such it does not consist in an attempt to appropriate the legitimate economic interests of the copyright holder, and therefore does not constitute infringement.

The logic of this view of copyright has also been held to extend to other forms of intellectual property. In *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 302, 2005 SCC 65, LeBel J., for the Court, noted, at para. 37, the importance of "basic and necessary distinctions between different forms of intellectual property and their legal and economic functions". He then went on to review the purposes of trade-marks and patents, noting that "[p]atent rights focus on the patented product or process", but that "[i]n the case of trade-marks, the focus shifts from the product itself to the distinctiveness of its marketing": see paras. 38-39. This focus on the fundamental natures and purposes of different sorts of intellectual property protections and the necessary divisions between them suggests that each form of protection relies on some core normative notion which must ground the economic interests claimed. Thus, a trade-mark, which protects distinctiveness of marketing and goodwill, cannot be leveraged to extend protection to products themselves, which is usually granted by patent.

The approach in *Kirkbi* is consistent with the principle of statutory interpretation which requires coherent interpretation of statutes *in pari materia*: see P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation In Canada* (3rd ed. 2000), at pp. 342 ff. According to this principle, the *Copyright Act* ought not only to be interpreted with an eye to the internal coherence of its own scheme; it must also not be interpreted

un service plus rapide et plus économique et ne devrait pas emporter la violation du droit d'auteur lorsqu'elle a lieu uniquement pour de telles raisons techniques » (je souligne). La « mise en antémémoire » est sûrement un exemple de reproduction d'une partie importante d'une œuvre, mais elle n'est qu'un processus technique; à ce titre, elle ne représente pas une tentative d'appropriation des intérêts économiques légitimes du titulaire du droit d'auteur et, partant, ne constitue pas une violation du droit d'auteur.

82 On a également conclu que la logique de cette conception du droit d'auteur s'applique à d'autres formes de propriété intellectuelle. Dans l'arrêt *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302, 2005 CSC 65, par. 37, le juge LeBel, s'exprimant au nom de la Cour, a souligné l'importance des « distinctions fondamentales nécessaires entre diverses formes de propriété intellectuelle et leurs fonctions juridiques et économiques ». Il a ensuite examiné les objets des marques de commerce et des brevets, en faisant remarquer que « [l]es droits conférés par brevet portent sur le produit ou le procédé breveté », mais que, « [d]ans le cas des marques de commerce, la perspective se déplace du produit lui-même au caractère distinctif de sa mise en marché » : voir les par. 38-39. Cette insistance sur la nature et les objets fondamentaux des diverses formes de protection de la propriété intellectuelle et sur les distinctions nécessaires entre celles-ci porte à croire que chaque forme de protection repose sur une notion normative essentielle qui doit servir de fondement aux intérêts économiques revendiqués. Ainsi, une marque de commerce qui protège le caractère distinctif de la mise en marché et de l'achalandage ne saurait être utilisée pour étendre aux produits eux-mêmes une protection qui est habituellement accordée par un brevet.

83 L'approche adoptée dans l'arrêt *Kirkbi* est conforme au principe d'interprétation législative qui exige que les lois portant sur la même matière (*in pari materia*) soient interprétées d'une manière cohérente : voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 433 et suiv. Selon ce principe, il faut non seulement interpréter la *Loi sur le droit d'auteur* en tenant compte de la cohérence

in a fashion which is inconsistent with the *Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13. Trade-mark law protects market share in commercial goods; copyright protects the economic gains resulting from an exercise of skill and judgment. If trade-mark law does not protect market share in a particular situation, the law of copyright should not be used to provide that protection, if that requires contorting copyright outside its normal sphere of operation. The protection offered by copyright cannot be leveraged to include protection of economic interests that are only tangentially related to the copyrighted work. This Court's decision in *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2006] 2 S.C.R. 560, 2006 SCC 49, which was based on a simultaneous interpretation of "two regulatory systems with sometimes conflicting objectives" (para. 12), is also consistent with the principle.

84 With this view of the purpose of the Act, which provides us with a principled fulcrum on which we may undertake copyright's balance, we may turn now to an examination of the purpose of s. 27(2) of the Act.

C. *The Purpose of Section 27(2)(e) of the Copyright Act*

85 The Act protects only the legitimate economic interests of copyright holders. It protects the economic benefits of skill and judgment; it does not protect all economic benefits of all types of labour. Section 27(2) of the Act is meant to prohibit secondary infringement resulting from the wrongful appropriation of the gains of another's skill and judgment by way of the acts enumerated in paras. (*a*) to (*c*). Conversely, other economic interests — although they may seem to be closely associated with the interests legitimately protected as emanating from that skill and judgment — are not protected. In particular, if a work of skill and judgment (such as a logo) is attached to some other consumer good (such as a chocolate bar), the economic gains associated with the sale of the consumer good must

interne du régime qu'elle établit, mais encore il faut éviter de lui donner une interprétation incompatible avec la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13. La législation sur les marques de commerce protège les parts de marché des biens commerciaux; le droit d'auteur protège les gains économiques résultant de l'exercice du talent et du jugement. Si la législation sur les marques de commerce ne protège pas une part de marché dans un cas particulier, il n'y a pas lieu de recourir à la législation sur le droit d'auteur pour offrir cette protection si cela oblige à sortir le droit d'auteur de son champ d'application normal. La protection offerte par le droit d'auteur ne saurait être appliquée aux intérêts économiques qui ne sont qu'accessoirement liés à l'œuvre protégée par le droit d'auteur. L'arrêt de notre Cour *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 2 R.C.S. 560, 2006 CSC 49, qui reposait sur l'interprétation simultanée de « deux systèmes réglementaires aux objectifs parfois divergents » (par. 12), est également conforme à ce principe.

Compte tenu de cette interprétation de l'objet de la Loi, qui nous fournit un moyen rationnel d'établir le juste équilibre en matière de droit d'auteur, nous pouvons maintenant passer à l'examen de l'objet du par. 27(2) de la Loi.

C. *L'objet de l'al. 27(2)e) de la Loi sur le droit d'auteur*

La Loi protège uniquement les intérêts économiques légitimes des titulaires du droit d'auteur. Elle protège les avantages économiques résultant de l'exercice du talent et du jugement, mais pas tous les avantages économiques résultant de tous les types de travail. Le paragraphe 27(2) de la Loi vise à interdire la violation à une étape ultérieure qui résulte de l'appropriation illicite des gains résultant de l'exercice du talent et du jugement d'une autre personne au moyen des actes énumérés aux al. *a*) à *c*). À l'inverse, les autres intérêts économiques — même s'ils peuvent sembler étroitement liés aux intérêts légitimement protégés du fait qu'ils résultent de l'exercice de ce talent et de ce jugement — ne sont pas protégés. Plus particulièrement, si une œuvre résultant de l'exercice du talent et du

not be mistakenly viewed as the legitimate economic interests of the copyright holder of the logo that are protected by the law of copyright.

Thus s. 27(2)(*e*) is meant to protect copyright holders from the unauthorized importation of works which are the result of their skill and judgment. It is not meant to protect manufacturers from the unauthorized importation of consumer goods on the basis of their having a copyrighted work affixed to their wrapper, this work being merely incidental to their value as consumer goods.

I should note here that, contrary to what was argued before this Court at the hearing, s. 27(2) is not meant to protect manufacturers from the importation of counterfeit versions of their consumer goods. The laws of trade-mark and passing off provide protection to manufacturers who fear the importation of cheap imitations of their products with a copy of the logo of the real product affixed to them. Indeed, this protection is central to the purpose of trade-mark law, as identified by LeBel J. in *Kirkbi*, at para. 39: "Trade-marks seek to indicate the source of a particular product, process or service in a distinctive manner, so that, ideally, consumers know what they are buying and from whom." While it is certainly true that one work can be the subject of both copyright and trade-mark protection (see s. 64(3)(*b*) of the Act), it is equally certain that different forms of intellectual property protect different types of economic interests. To ignore this fact would be to ignore the "basic and necessary distinctions between different forms of intellectual property and their legal and economic functions", as noted by LeBel J. at para. 37 of *Kirkbi*.

jugement (tel un logo) est jointe à un autre bien de consommation (comme une tablette de chocolat), les gains résultant de la vente du bien de consommation ne doivent pas être confondus avec les intérêts économiques légitimes du titulaire du droit d'auteur sur le logo, qui sont protégés par la législation sur le droit d'auteur.

86 L'alinéa 27(2)*e*) vise donc à protéger les titulaires du droit d'auteur contre l'importation non autorisée d'œuvres résultant de l'exercice de leur talent et de leur jugement. Il n'a pas pour objet de protéger les fabricants contre l'importation non autorisée de biens de consommation dont l'emballage reproduit une œuvre protégée par le droit d'auteur, laquelle œuvre est simplement accessoire à la valeur de ces biens en tant que biens de consommation.

87 Je tiens à souligner ici que, contrairement à ce qui a été plaidé devant notre Cour à l'audience, le par. 27(2) ne vise pas à protéger les fabricants contre l'importation de contrefaçons des biens de consommation qu'ils produisent. Les lois régissant les marques de commerce et la commercialisation trompeuse assurent une protection aux fabricants qui craignent l'importation d'imitations bon marché de leurs produits, sur lesquelles serait reproduit le logo du produit véritable. En fait, cette protection est au cœur de l'objet de la législation sur les marques de commerce, que le juge LeBel décrit en ces termes, au par. 39 de l'arrêt *Kirkbi* : « Les marques de commerce servent à indiquer, de façon distinctive, la source d'un produit, d'un procédé ou d'un service, afin qu'idéalement les consommateurs sachent ce qu'ils achètent et en connaissent la provenance. » Bien qu'il n'y ait aucun doute qu'une œuvre peut bénéficier à la fois de la protection conférée par le droit d'auteur et de celle conférée par la marque de commerce (voir l'al. 64(3)*b*) de la Loi), il est tout aussi certain que différentes formes de propriété intellectuelle protègent différents types d'intérêts économiques. Ne pas tenir compte de ce fait reviendrait à ne pas tenir compte des « distinctions fondamentales nécessaires entre diverses formes de propriété intellectuelle et leurs fonctions juridiques et économiques », comme l'a fait remarquer le juge LeBel, au par. 37 de l'arrêt *Kirkbi*.

88 This interpretation of s. 27(2) respects copyright's insistence that only *legitimate* economic interests receive copyright protection. To allow s. 27(2) to protect all interests of manufacturers and distributors of consumer goods would upset the copyright balance. Far from ensuring a "just reward" for creators of copyrighted works, it would allow a copyright to be leveraged far beyond the use intended by Parliament, allowing rights to be artificially enlarged into protection over consumer goods. This undue expansion of copyright would certainly be a failure to give heed to Binnie J.'s insistence, at para. 31 of *Théberge*, that the law give due weight to the limited nature of the rights of a copyright holder.

Cette interprétation du par. 27(2) cadre avec l'accent mis, en matière de droit d'auteur, sur le fait que seuls les intérêts économiques *légitimes* bénéficient de la protection conférée par le droit d'auteur. Permettre que le par. 27(2) protège tous les intérêts des fabricants et distributeurs de biens de consommation aurait pour effet de rompre l'équilibre en matière de droit d'auteur. Loin d'assurer une « juste récompense » aux créateurs d'œuvres protégées, on se trouverait alors à permettre une utilisation du droit d'auteur qui excéderait de beaucoup celle prévue par le législateur, et à élargir artificiellement la portée des droits de manière à protéger des biens de consommation. Cet élargissement injustifié de la portée du droit d'auteur ne tiendrait sûrement pas compte de l'insistance du juge Binnie — au par. 31 de l'arrêt *Théberge* — sur le fait que la loi doit accorder l'importance qu'il convient à la nature limitée des droits du titulaire du droit d'auteur.

D. *The Correct Interpretation of Paragraphs (a) to (c) of Section 27(2)*

D. *L'interprétation correcte des al. 27(2)a) à c)*

89 As mentioned above, para. (*e*) of s. 27(2) prohibits the importation into Canada of any copy of a work that would have infringed copyright had it been made in Canada by the person who made it, if that importation is for the purpose of doing anything referred to in paras. (*a*) to (*c*) of s. 27(2). Liability under para. (*e*) therefore relies on a finding that the defendant intended to commit an act enumerated in paras. (*a*) to (*c*), which prohibit the selling, renting out, distribution with a prejudicial effect, or dealing with by way of trade of copies of a work. How are we to interpret these prohibitions in light of the foregoing review of the purpose of s. 27(2)(*e*) and of the *Copyright Act* as a whole?

Comme nous l'avons vu, l'al. 27(2)*e*) interdit l'importation au Canada de tout exemplaire d'une œuvre dont la production constituerait une violation du droit d'auteur si cet exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit et s'il avait été importé au Canada en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux al. 27(2)*a*) à *c*). Pour qu'il y ait responsabilité au regard de l'al. *e*), il faut donc conclure que le défendeur avait l'intention d'accomplir un acte énuméré aux al. *a*) à *c*), qui interdisent la vente, la location, la mise en circulation ayant un effet préjudiciable ou l'utilisation dans un but commercial d'exemplaires d'une œuvre. Comment faut-il interpréter ces interdictions à la lumière de l'examen que nous avons fait de l'objet de l'al. 27(2)*e*) et de la *Loi sur le droit d'auteur* dans son ensemble?

90 Paragraph (*b*) provides that "[i]t is an infringement of copyright for any person to . . . distribute to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright . . . a copy of a work". Parliament's inclusion of the word "prejudicially" here is another

Aux termes de l'al. *b*), « [c]onstitue une violation du droit d'auteur [. . .] la mise en circulation [d'un exemplaire d'une œuvre] de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur ». L'utilisation du terme « préjudice » par le législateur est un

important key to the interpretation of s. 27(2) as a whole. One can imagine many ways that the distribution of a copyrighted work could prejudicially affect the copyright holder which surely would not be considered secondary infringement. As a somewhat trivial example, consider a book containing accurate and damning portrayals of the author's family, written under a pseudonym unbeknownst to the family of the author. Distribution of copies of this book — bought in full compliance with the Act — to the author's family would certainly tend to "affect prejudicially" the owner of the copyright; nevertheless, I am sure that this situation is not intended to fall within s. 27(2)(*b*). This hypothetical situation suggests that to "affect prejudicially" a copyright holder has a more limited meaning: this phrase limits protection to the interests of the copyright holder *as author*. That is, only those distributions which affect the *legitimate* economic interests protected by copyright will be held to affect prejudicially the owner of the copyright. Economic consequences of unauthorized importation of consumer goods are not, generally speaking, the types of legitimate economic interests protected by the copyright in a work which is merely incidental to the sale or distribution of the consumer good to which it is attached. The effects of such importation do not meet the requirement of prejudice which is embedded in para. (*b*), which informs all of s. 27(2).

Paragraph (*a*) provides that "[i]t is an infringement of copyright for any person . . . to sell or rent out" a copy of a work. Simply put, to sell a consumer good with a copyrighted work attached as a logo is not to sell that work. The work, *qua* work, is merely incidental to the consumer good, and thus a sale of the latter cannot be said in any real sense to be a sale of the former. While it is true that a logo affixed to a package can play an essential role in the sale of that package, that is the role of the logo as a trade-mark, not as a copyright. A finding that s. 27(2)(*a*) is violated requires that the work be sold

autre élément indispensable pour interpréter le par. 27(2) dans son ensemble. On peut imaginer de nombreuses façons dont la mise en circulation d'une œuvre protégée pourrait porter préjudice au titulaire du droit d'auteur sans pour autant constituer une violation à une étape ultérieure. À titre d'exemple plutôt banal, prenons le cas d'un livre dans lequel un écrivain pseudonyme brosse des portraits fidèles et accablants de certains membres de sa famille, à l'insu de ces derniers. La remise d'exemplaires de ce livre — achetés d'une manière tout à fait conforme à la Loi — aux membres de la famille de l'auteur tendrait sûrement à « porter préjudice » au titulaire du droit d'auteur; je suis néanmoins certain que cette situation n'est pas censée être visée par l'al. 27(2)*b*). Cette situation hypothétique permet de penser que l'expression « porter préjudice » au titulaire du droit d'auteur a un sens plus restreint : la protection est limitée aux intérêts du titulaire du droit d'auteur *en tant qu'auteur*. En d'autres termes, seules les mises en circulation qui portent atteinte aux intérêts économiques *légitimes* protégés par le droit d'auteur seront jugées préjudiciables au titulaire du droit d'auteur. En général, les conséquences économiques de l'importation non autorisée de biens de consommation ne comptent pas parmi les types d'intérêts économiques légitimes protégés par le droit d'auteur sur une œuvre qui est simplement un élément accessoire de la vente ou de la mise en circulation du bien de consommation auquel elle est jointe. Les effets d'une telle importation ne satisfont pas à l'exigence de préjudice inscrite à l'al. *b*), qui sous-tend l'ensemble du par. 27(2).

91 L'alinéa *a*) prévoit que « [c]onstitue une violation du droit d'auteur [. . .] la vente ou la location » d'un exemplaire d'une œuvre. En termes simples, le fait de vendre un bien de consommation sur lequel figure un logo qui est une œuvre protégée ne revient pas à vendre cette œuvre. L'œuvre en tant que telle est simplement un élément accessoire du bien de consommation et, partant, la vente de ce bien ne saurait à proprement parler être considérée comme étant la vente de l'œuvre. Un logo apposé sur un emballage peut certes jouer un rôle essentiel dans la vente de l'article contenu dans cet emballage, mais

as something more than a mere incident of the sale of some other item.

c'est le rôle qu'il joue en tant que marque de commerce et non en tant qu'œuvre protégée par le droit d'auteur. Pour qu'on puisse conclure à la violation de l'al. 27(2)*a*), l'œuvre vendue doit être davantage qu'un simple élément accessoire de la vente d'un autre article.

92 Similar logic applies to para. (*c*). It provides that it is an infringement to, "by way of trade distribute, expose or offer for sale or rental, or exhibit in public" a copy of a work. It must be noted that the modifier "by way of trade" clearly applies to all of the actions referred to in para. (*c*). This can be seen more clearly by referring to the French version of the provision which refers to "*la mise en circulation, la mise ou l'offre en vente ou en location, ou l'exposition en public, dans un but commercial*". When para. (*c*) is seen in this way, consistent with the purpose of the rest of s. 27(2) and the Act as a whole, it is clear that its protection is limited to those instances where the *work itself* is what is being distributed, exposed, offered for sale or exhibited in public. In other words, when the "trade" taking place, or the "*but commercial*" being sought, concerns the work itself; when the trade is a trade in some consumer good with which the work is only incidentally related, para. (*c*) is not triggered.

Le même raisonnement s'applique à l'al. *c*), qui prévoit que « [c]onstitue une violation du droit d'auteur [. . .] la mise en circulation, la mise ou l'offre en vente ou en location, ou l'exposition en public, dans un but commercial » d'un exemplaire d'une œuvre. Il faut noter que la nuance « dans un but commercial » s'applique clairement à tous les actes mentionnés à l'al. *c*). Lorsque l'al. *c*) est envisagé de cette manière, conformément à l'objet du reste du par. 27(2) et de l'ensemble de la Loi, il est évident que la protection s'applique uniquement aux cas où c'est l'*œuvre elle-même* qui est mise en circulation, mise ou offerte en vente ou exposée en public. En d'autres termes, elle s'applique seulement lorsque le « but commercial » recherché concerne l'œuvre elle-même; lorsque le but commercial a trait à un bien de consommation dont l'œuvre ne constitue qu'un élément accessoire, l'al. *c*) n'entre pas en jeu.

93 Each of paras. (*a*) to (*c*) must be interpreted in a manner consistent with the view that s. 27(2) is meant to protect authors from the unauthorized appropriation of the gains of their authorship; protection does not extend to include any and all economic gains claimed by an author or copyright owner. In each case, the wording of the provision, read in light of the purpose of s. 27(2) and the purpose of the *Copyright Act* as a whole, makes it clear that if the work in question is merely incidental to another consumer good, and it is that consumer good which is being sold or distributed, or dealt with by way of trade, s. 27(2) cannot be invoked. It is only when it is the work itself which is the subject of the sale or other commercial dealing that it can properly be said that the section applies and its protection becomes available.

Chacun des al. *a*) à *c*) doit être interprété d'une manière compatible avec le point de vue selon lequel le par. 27(2) est censé protéger les auteurs contre l'appropriation non autorisée des gains découlant de leur qualité d'auteur. Cette protection ne s'étend pas à la totalité des gains économiques revendiqués par l'auteur ou le titulaire du droit d'auteur. Dans chaque cas, il ressort clairement du libellé de la disposition — interprété en fonction de l'objet du par. 27(2) et de celui de l'ensemble de la *Loi sur le droit d'auteur* — que le par. 27(2) ne peut pas être invoqué si l'œuvre en cause est simplement un élément accessoire d'un autre bien de consommation et que c'est ce bien qui est vendu, mis en circulation ou utilisé dans un but commercial. Ce n'est que si l'œuvre elle-même fait l'objet de la vente ou de l'autre utilisation commerciale que l'on peut dire, à juste titre, que la disposition s'applique et que la protection est offerte.

The determination of when a work is merely incidental to a consumer good will not always be an easy one. Some factors which may be useful in making such a determination could include the nature of the product, the nature of the protected work and the relationship of the work to the product. If a reasonable consumer undertaking a commercial transaction does not think that the copyrighted work is what she is buying or dealing with, it is likely that the work is merely incidental to the consumer good.

Contrary to what Rothstein J. seems to argue at para. 4, the previous analysis does not suggest that the simple fact of a work being attached to a consumer good would preclude that work from copyright protection: the Act is clear that protection extends to, *inter alia*, works produced or reproduced "in any material form whatever" (s. 3(1)). The "merely incidental" analysis goes to secondary liability under s. 27(2) only; rather than being about what is and is not copyrightable, its intention is to prevent that section from being improperly leveraged to use the *Copyright Act* as a protection of commercial interests completely unrelated to copyright's intended domain. Thus, the sale of a t-shirt with a reproduction of a painting on its front may constitute the sale of the work (the painting); on the other hand, the location of a small logo on the corner of a shirt pocket would not thereby transform an otherwise plain shirt into a copyrighted work, as the logo *qua* copyrighted work would be merely incidental to the shirt being sold (and, as noted above, any value the logo has as identifying a brand would be protected by trade-mark law, rather than by copyright). To take a slightly different example, a copyrighted instruction booklet included in the box of some consumer good would, as copyrighted work, be merely incidental to the good for the purposes of s. 27(2): see *British Leyland Motor Corp. v. Armstrong Patents Co.*, [1986] 1 All E.R. 850 (H.L.).

94 Il ne sera pas toujours facile de déterminer si une œuvre constitue simplement un élément accessoire d'un bien de consommation. À cette fin, il pourrait être utile de tenir compte notamment de la nature du produit et de l'œuvre protégée, ainsi que du lien entre l'œuvre et le produit. Si un consommateur raisonnable qui effectue une opération commerciale ne croit pas que c'est l'œuvre protégée par le droit d'auteur qu'il achète ou utilise, il est probable que l'œuvre est simplement un élément accessoire du bien de consommation visé par l'opération.

95 Contrairement à ce que le juge Rothstein semble affirmer au par. 4, l'analyse précédente ne tend pas à indiquer que le simple fait qu'une œuvre soit jointe à un bien de consommation l'empêcherait d'être protégée par le droit d'auteur. La Loi précise clairement que la protection vise notamment les œuvres produites ou reproduites « sous une forme matérielle quelconque » (par. 3(1)). L'analyse de « l'élément simplement accessoire » ne concerne que la responsabilité découlant de la violation du droit d'auteur à une étape ultérieure, prévue au par. 27(2); au lieu de porter sur ce qui peut ou ne peut pas bénéficier de la protection du droit d'auteur, cette analyse a pour objet d'empêcher que cette disposition ne permette indûment d'utiliser la *Loi sur le droit d'auteur* pour protéger des intérêts commerciaux n'ayant absolument aucun rapport avec le champ d'application prévu du droit d'auteur. Ainsi, la vente d'un tee-shirt sur lequel est reproduit un tableau peut représenter la vente de l'œuvre (le tableau). Par contre, la présence d'un petit logo au coin de la poche d'une chemise n'aurait pas pour effet de transformer une chemise ordinaire en œuvre protégée, puisque le logo en tant qu'œuvre protégée ne constituerait qu'un élément accessoire de la chemise vendue (et, comme nous l'avons vu, toute valeur du logo en tant que symbole d'une marque serait protégée par la législation sur les marques de commerce plutôt que par le droit d'auteur). Prenons un exemple légèrement différent : une notice de mode d'emploi protégée par le droit d'auteur et se trouvant dans la boîte d'un bien de consommation constituerait simplement, en tant qu'œuvre protégée, un élément accessoire de ce bien de consommation pour l'application du par. 27(2) : voir *British Leyland Motor Corp. c. Armstrong Patents Co.*, [1986] 1 All E.R. 850 (H.L.).

E. *Other Considerations*

96 In my view, this purposive interpretation of s. 27(2), which views the provision in light of the purpose and scheme of the *Copyright Act* as a whole, is sufficient to deal with the problem of parallel importation. This interpretation means that two other arguments, raised before us by the appellant, become unnecessary. However, I think it would be useful to mention those arguments briefly.

97 The appellant argued that an attempt to extend copyright protection to prevent parallel importation of consumer goods could trigger the application of the civilian doctrine of *abus de droit*. This doctrine, which was recognized by this Court in *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122, provides that a party may not exercise a right in an unreasonable manner. (See also *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 145, with respect to a similar concept in the common law.) Given the analysis above, I do not see an appeal to this doctrine as necessary to resolve this issue.

98 Similarly, the appellant argued that the newly developing American doctrine of "copyright misuse" applies to parallel importation of consumer goods. This doctrine is meant to act as a sort of equitable defence when "a copyright holder attempts to extend his copyright beyond the scope of the exclusive rights granted by Congress in a manner that violates [federal antitrust law or] the public policy embodied in copyright law": see K. Judge, "Rethinking Copyright Misuse" (2004), 57 *Stan. L. Rev.* 901, at p. 904. The doctrine has been adopted by some Federal Circuit Courts of Appeal, but has not as of yet found favour at the United States Supreme Court (Judge, at pp. 902-3). As with the concept of *abus de droit*, my analysis renders an appeal to this developing doctrine unnecessary to deal with parallel importation of consumer goods. However, this is not to comment on the possible application of this doctrine in

E. *Autres considérations*

À mon avis, cette interprétation téléologique du par. 27(2), qui tient compte de l'objet et de l'économie de la *Loi sur le droit d'auteur* dans son ensemble, permet à elle seule de régler la question de l'importation parallèle. Elle rend inutiles deux autres arguments que l'appelante a invoqués devant notre Cour, mais qu'il serait utile de mentionner brièvement, selon moi.

L'appelante a soutenu que la tentative d'élargir la protection conférée par le droit d'auteur de manière à empêcher l'importation parallèle de biens de consommation pourrait déclencher l'application de la théorie civiliste de l'abus de droit. Selon cette théorie, reconnue par notre Cour dans l'arrêt *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, une partie ne peut exercer un droit de manière déraisonnable. (Voir également l'arrêt *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 145, en ce qui concerne une notion similaire en common law.) Compte tenu de l'analyse qui précède, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de recourir à cette théorie pour régler cette question.

De même, l'appelante a fait valoir que la théorie de l'abus du droit d'auteur (*copyright misuse*), apparue récemment en droit américain, s'applique à l'importation parallèle de biens de consommation. Cette théorie est censée tenir lieu en quelque sorte de moyen de défense en equity lorsque [TRADUCTION] « le titulaire d'un droit d'auteur tente d'étendre la portée de ce droit au-delà de celle des droits d'exclusivité accordés par le Congrès, et ce, d'une manière contraire [à la législation antitrust ou] à la politique gouvernementale contenue dans la législation sur le droit d'auteur » : voir K. Judge, « Rethinking Copyright Misuse » (2004), 57 *Stan. L. Rev.* 901, p. 904. Adoptée par certaines cours d'appel de circuit fédérales, elle n'a pas encore été retenue par la Cour suprême des États-Unis (Judge, p. 902-903). Comme c'est le cas pour la notion d'abus de droit, mon analyse rend inutile le recours à cette théorie en évolution pour statuer

Canada; a determination on that issue is best left for another day.

sur l'importation parallèle de biens de consommation. Cependant, il ne s'agit pas là d'un commentaire sur la possibilité d'appliquer la théorie de l'abus du droit d'auteur au Canada; il est préférable d'attendre une autre occasion pour trancher cette question.

V. Application to the Facts

V. Application aux faits

It is clear on the facts of the appeal before us that the protected works in question — the Côte d'Or and Toblerone logos, considered as copyrighted works — cannot be seen as anything other than merely incidental to the chocolate bars to which they are affixed. Therefore, Euro-Excellence's dealings with the chocolate bars are not caught within the language of s. 27(2) of the Act. I reach this conclusion on the basis of a consideration of the role of the logos as merely incidental to the sale of the chocolate bars in general.

99 Il ressort clairement des faits du présent pourvoi que les œuvres protégées dont il est question en l'espèce — les logos Côte d'Or et Toblerone, considérés comme des œuvres protégées par le droit d'auteur — ne sauraient être tenues pour autre chose que de simples éléments accessoires des tablettes de chocolat auxquelles elles sont apposées. Par conséquent, les activités d'Euro-Excellence à l'égard des tablettes de chocolat ne sont pas visées par le libellé du par. 27(2) de la Loi. Cette conclusion repose sur le fait que je considère que les logos ne jouent en général qu'un rôle accessoire dans la vente des tablettes de chocolat.

As discussed above, to be brought within the protection of s. 27(2), a copyrighted work must be more than merely incidental to the consumer good to which it is affixed. Only when that condition is satisfied can it accurately be said that it is the copyrighted work itself which is the subject of one of the activities described in paras. (*a*) to (*c*) of s. 27(2).

100 Comme nous l'avons vu, pour qu'elle puisse bénéficier de la protection offerte par le par. 27(2), une œuvre protégée par le droit d'auteur doit être davantage qu'un simple élément accessoire du bien de consommation auquel elle est apposée. Ce n'est que si cette condition est remplie que l'on pourra dire à juste titre que c'est l'œuvre protégée par le droit d'auteur elle-même qui est visée par l'une des activités décrites aux al. 27(2)*a*) à *c*).

In this appeal, the logos, considered as copyrighted works, are unarguably best described as merely incidental to the chocolate bars themselves. It cannot be reasonably maintained that in the course of a commercial transaction in which a customer buys a Côte d'Or or a Toblerone chocolate bar from a merchant, the customer is actually paying for a copyrighted work. This is not a situation in which the copyrighted work, as such, is an important aspect of the consumer transaction: it is a logo on a wrapper for a product which serves to identify the product's origins, nothing more.

101 En l'espèce, il est indéniable que les logos, considérés comme des œuvres protégées par le droit d'auteur, peuvent être décrits de façon plus juste comme étant simplement des éléments accessoires des tablettes de chocolat elles-mêmes. On ne saurait raisonnablement soutenir que, dans une opération commerciale où un client achète à un commerçant une tablette de chocolat Côte d'Or ou Toblerone, ce client paie en fait une œuvre protégée par le droit d'auteur. Il ne s'agit pas d'un cas où l'œuvre protégée constitue en soi un aspect important de l'opération effectuée par le consommateur; cette œuvre n'est rien de plus qu'un logo qui est apposé sur l'emballage d'un produit et qui sert à identifier la provenance de ce produit.

102 Thus it cannot be said that Euro-Excellence is selling the copyrighted works themselves, as proscribed by para. (*a*); it cannot be said that Euro-Excellence is distributing those works to the extent of prejudicing KCI's interest as author or copyright holder, as prohibited by para. (*b*), when those interests are properly limited to the legitimate economic interests protected by the Act; and it cannot be reasonably maintained that Euro-Excellence is in contravention of para. (*c*) by dealing with those works "by way of trade" once it is understood that it is the works themselves which must be dealt with by way of trade rather than the chocolate bars to which they are attached. Thus, as Euro-Excellence's importation of the Côte d'Or and Toblerone bars was not done "for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (*a*) to (*c*)" of s. 27(2), Euro-Excellence has not violated s. 27(2)(*e*).

On ne peut donc pas dire qu'Euro-Excellence met en vente les œuvres protégées elles-mêmes, ce qu'interdit l'al. *a*), ni qu'elle met en circulation ces œuvres de façon à porter préjudice aux intérêts de KCI en tant qu'auteur ou titulaire du droit d'auteur, en violation de l'al. *b*), alors que seuls les intérêts économiques légitimes de cette dernière sont à juste titre protégés par la Loi. On ne peut pas non plus raisonnablement soutenir qu'Euro-Excellence contrevient à l'al. *c*) en utilisant ces œuvres « dans un but commercial », étant donné qu'il faudrait que les œuvres elles-mêmes soient utilisées dans un tel but, et non les tablettes de chocolat auxquelles elles sont apposées. Ainsi, puisqu'elle n'a pas importé les tablettes de chocolat Côte d'Or et Toblerone « en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas *a*) à *c*) » du par. 27(2), Euro-Excellence n'a pas contrevenu à l'al. 27(2)*e*).

103 The above does not imply that the Côte d'Or or Toblerone logos are not copyrightable works. Quite the opposite: the logos have been properly registered and there is no reason to dispute the trial judge's conclusions that the logos meet the Act's originality threshold and are therefore copyrightable works. KCI, as holder of those copyrights in Canada, would surely succeed in an action for copyright infringement against a defendant who produced and distributed posters of the logos, for example. However, it is necessary to ensure that this legitimate copyright protection is not illegitimately leveraged into a protection for a market in consumer goods.

Les propos qui précèdent ne signifient pas que les logos Côte d'Or ou Toblerone ne sont pas des œuvres susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur. Bien au contraire, ces logos ont été dûment enregistrés et il n'y a aucune raison de mettre en doute les conclusions du juge de première instance selon lesquelles les logos satisfont au critère d'originalité établi par la Loi et constituent, de ce fait, des œuvres susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur. KCI, en tant que titulaire de ces droits d'auteur au Canada, obtiendrait sûrement gain de cause dans une action pour violation du droit d'auteur intentée contre un défendeur ayant produit et mis en circulation des affiches des logos, par exemple. Toutefois, il faut prendre garde que cette protection légitime conférée par le droit d'auteur ne soit utilisée de manière illégitime pour protéger un marché de biens de consommation.

104 Similarly, I do not mean to suggest that logos play no role whatsoever in the sale of chocolate bars. So I think it is therefore useful to stress, once again, that in the s. 27(2) analysis the logos must be viewed strictly through the copyright lens *as works*. The analysis does not speak to the possibility — indeed, the certainty — that the logos, as trade-marks, can play a large role in the sale of the chocolate bars and are of great value to KCI. It is not disputed that part of the reason that a consumer

De même, je ne veux pas dire par là que les logos ne jouent absolument aucun rôle dans la vente des tablettes de chocolat. Il me semble donc utile de souligner une fois de plus que, dans l'analyse concernant le par. 27(2), les logos doivent être considérés strictement *comme des œuvres*, du point de vue du droit d'auteur. L'analyse ne tient pas compte de la possibilité — voire de la certitude — que les logos, en tant que marques de commerce, jouent un rôle important dans la vente des

buys a Côte d'Or bar or a Toblerone bar is because of the reputation and goodwill associated with each brand. But that is not a consideration which is relevant under the *Copyright Act*. It cannot be reasonably maintained that anyone buys a Côte d'Or or Toblerone because of the logos as works of art.

Côte d'Or and Toblerone are chocolate bars. When a consumer buys one of these bars, the bar is exactly what he or she is buying. The logo may play a role in that transaction *qua* trade-mark, but *qua* copyright it cannot be seen as anything other than a mere incident to the chocolate bars. Thus, Euro-Excellence did nothing for the purpose of selling the logos as copyrighted works, or dealing with those works by way of trade; nor did Euro-Excellence distribute the logos as works to the extent of prejudicially affecting the legitimate interests of KCI as copyright holder. In short, Euro-Excellence did not violate or intend to violate the terms of paras. (*a*) to (*c*) of s. 27(2), and therefore cannot be found liable under s. 27(2)(*e*).

VI. Conclusion

For the above reasons, the appeal should be allowed with costs in all courts.

The reasons of McLachlin C.J. and Abella J. were delivered by

ABELLA J. (dissenting) — The central issue in this appeal is whether an exclusive licensee of a copyright can claim remedies under the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, when the copyrighted work is displayed on the label of a product imported in circumstances envisioned by s. 27(2) of the Act.

tablettes de chocolat et aient une valeur considérable pour KCI. Personne ne conteste que le consommateur achète une tablette de chocolat Côte d'Or ou Toblerone en raison, notamment, de la réputation de chacune de ces marques et de l'achalandage qui s'y rattache. Toutefois, ce n'est pas un élément pertinent pour l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*. On ne saurait raisonnablement soutenir que des gens achètent une tablette Côte d'Or ou Toblerone en raison des logos en tant qu'œuvre d'art qui y sont apposés.

105 Côte d'Or et Toblerone sont des tablettes de chocolat. Lorsqu'un consommateur achète une tablette Côte d'Or ou Toblerone, il n'achète rien d'autre que cette tablette de chocolat. Le logo, en tant que marque de commerce, peut jouer un rôle dans cette opération, mais, en tant qu'œuvre protégée par le droit d'auteur, il ne peut pas être perçu autrement que comme un simple élément accessoire des tablettes de chocolat. Par conséquent, Euro-Excellence n'a rien fait pour mettre en vente les logos en tant qu'œuvres protégées, ou pour les utiliser dans un but commercial; elle n'a pas non plus mis en circulation les logos en tant qu'œuvre de façon à porter préjudice aux intérêts légitimes de KCI en tant que titulaire du droit d'auteur. Bref, Euro-Excellence n'a ni contrevenu ni eu l'intention de contrevenir aux al. 27(2)*a*) à *c*), et elle ne peut donc pas être déclarée responsable au regard de l'al. 27(2)*e*).

VI. Conclusion

106 Pour les motifs qui précèdent, il y a lieu d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et de la juge Abella rendus par

107 LA JUGE ABELLA (dissidente) — La question qui est au cœur du présent pourvoi est de savoir si le titulaire d'une licence exclusive sur un droit d'auteur peut exercer les recours prévus par la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, lorsque l'œuvre protégée par le droit d'auteur figure sur l'étiquette d'un produit importé dans les circonstances envisagées au par. 27(2) de la Loi.

108 Like the trial judge and the Federal Court of Appeal, it is my view that Kraft Canada Inc. has the right to seek remedies under the Act to prevent Euro-Excellence from selling or distributing the copyrighted works. Section 27(2) of the *Copyright Act* states:

> It is an infringement of copyright for any person to
>
> (*a*) sell or rent out,
>
> (*b*) distribute to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright,
>
> (*c*) by way of trade distribute, expose or offer for sale or rental, or exhibit in public,
>
> (*d*) possess for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (*a*) to (*c*), or
>
> (*e*) import into Canada for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (*a*) to (*c*),
>
> a copy of a work, sound recording or fixation of a performer's performance or of a communication signal that the person knows or should have known infringes copyright or would infringe copyright if it had been made in Canada by the person who made it.

109 Resolving this appeal depends on the answers to two questions. First, is the copyrighted work being "sold" or "distributed" when it is printed on the wrapper of a consumer product? Second, can an exclusive licensee in Canada claim protection against secondary infringement when the copyrighted work was produced by the owner-licensor?

110 On the first issue, I agree with the conclusion reached by Rothstein J. There is nothing in the Act to endorse a restrictive definition of "sell". Section 64(3)(*b*) of the Act extends copyright protection to trade-marks and labels. When a product is sold, title to its wrapper is also transferred to the purchaser. The Act is indifferent as to whether the sale of the wrapper is important to the consumer.

À l'instar du juge de première instance et de la Cour d'appel fédérale, j'estime que Kraft Canada Inc. a le droit d'exercer les recours prévus par la Loi afin d'empêcher Euro-Excellence de vendre ou de mettre en circulation les œuvres protégées par le droit d'auteur. Le paragraphe 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* est ainsi rédigé :

> Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement de tout acte ci-après en ce qui a trait à l'exemplaire d'une œuvre, d'une fixation d'une prestation, d'un enregistrement sonore ou d'une fixation d'un signal de communication alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit, ou en constituerait une si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit :
>
> *a*) la vente ou la location;
>
> *b*) la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur;
>
> *c*) la mise en circulation, la mise ou l'offre en vente ou en location, ou l'exposition en public, dans un but commercial;
>
> *d*) la possession en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas *a*) à *c*);
>
> *e*) l'importation au Canada en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas *a*) à *c*).

L'issue du présent pourvoi dépend des réponses données à deux questions. Premièrement, l'œuvre protégée par le droit d'auteur est-elle « vendue » ou « mise en circulation » lorsqu'elle est imprimée sur l'emballage d'un produit de consommation? Deuxièmement, le titulaire d'une licence exclusive au Canada peut-il invoquer une protection contre la violation à une étape ultérieure lorsque l'œuvre protégée par le droit d'auteur a été produite par le titulaire-concédant?

Quant à la première question, je souscris à la conclusion du juge Rothstein. Rien dans la Loi ne milite en faveur d'une définition restrictive du terme « vente ». L'alinéa 64(3)*b*) de la Loi étend aux marques de commerce et aux étiquettes la protection conférée par le droit d'auteur. Lorsqu'un produit est vendu, la propriété de l'emballage est également transférée à l'acquéreur. Il importe peu, du point de vue de la Loi, que la vente de l'emballage soit importante ou non pour le consommateur.

Like Bastarache J., I agree with the trial judge that the logos are copyrighted works. I respectfully disagree with his view, however, that no infringement is made out because the elephant and bear logos are incidental to the chocolate bars and are therefore not protected by s. 27(2). To inject an exception for logos on the basis that they are "incidental" would be to introduce unnecessary uncertainty, inviting case-by-case judicial explorations into the uncharted area of what is "merely" incidental, "somewhat" incidental, or not incidental at all. Such an approach also takes insufficient account of the reality that many products are, to a significant extent, sold on the basis of their logo or packaging.

111 À l'instar du juge Bastarache, je souscris à l'avis du juge de première instance selon lequel les logos sont des œuvres protégées par le droit d'auteur. En toute déférence, je ne puis toutefois souscrire à son point de vue selon lequel l'existence d'une violation du droit d'auteur n'est pas établie parce que les logos représentant un éléphant et un ours sont des éléments accessoires des tablettes de chocolat et ne sont donc pas protégés par le par. 27(2). Établir une exception pour des logos pour le motif qu'ils sont « accessoires » aurait pour effet de créer une incertitude inutile, en invitant les tribunaux à explorer, cas par cas, le domaine inconnu de la question de savoir ce qui est « simplement » accessoire, « quelque peu » accessoire ou aucunement accessoire. Une telle approche ne tient pas suffisamment compte du fait que de nombreux produits sont, dans une large mesure, vendus en raison de leur logo ou de leur emballage.

Nor do I share the view that s. 27(2)(*e*), which on its face appears to me to be applicable, "protects only the legitimate economic interests of copyright holders", that is, "the unauthorized importation of works which are the result of their skill and judgment" (paras. 85-86). It seems to me, with respect, that once a work falls within s. 27(2)(*a*) to (*c*) and otherwise meets the requirements established by the Act as prerequisites to copyright protection, there is no scope for a judicially created limit to that protection based on what might — or might not — be a "legitimate economic interest". I do not believe that *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34, stands for such a proposition.

112 Je ne suis pas non plus d'accord pour dire que l'al. 27(2)*e*), qui me paraît applicable à première vue, « protège uniquement les intérêts économiques légitimes des titulaires du droit d'auteur », c'est-à-dire qu'il protège ces derniers contre « l'importation non autorisée d'œuvres résultant de l'exercice de leur talent et de leur jugement » (par. 85-86). Il me semble, en toute déférence, que dès qu'une œuvre est visée par les al. 27(2)*a*) à *c*) et qu'elle satisfait par ailleurs aux exigences que la Loi établit à titre de conditions préalables de l'application de la protection conférée par le droit d'auteur, rien ne permet aux tribunaux de limiter cette protection en fonction de ce qui pourrait — ou ne pourrait pas — constituer un « intérêt économique légitime ». Je ne crois pas que l'arrêt *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34, permet d'affirmer cela.

The answer to the second question depends on how one defines the rights of exclusive licensees. Copyright law in Canada, as Estey J. stated in *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at pp. 372-73, is

113 La réponse à la seconde question dépend de la façon de définir les droits des licenciés exclusifs. Comme l'a affirmé le juge Estey, dans l'arrêt *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, p. 372-373, le droit d'auteur au Canada

neither tort law nor property law in classification, but is statutory law. It neither cuts across existing rights in property or conduct nor falls between rights and

n'est pas régi par les principes de la responsabilité délictuelle ni par le droit de propriété mais par un texte législatif. Il ne va pas à l'encontre des droits existants en

obligations heretofore existing in the common law. Copyright legislation simply creates rights and obligations upon the terms and in the circumstances set out in the statute.

Copyright today remains an exclusively statutory creation: *Théberge*; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13.

114 In my view, the clear language of the Act is determinative. "Exclusive licence" is defined in s. 2.7:

> ... an authorization to do any act that is subject to copyright to the exclusion of all others including the copyright owner, whether the authorization is granted by the owner or an exclusive licensee claiming under the owner.

115 Clarification of the nature and quality of the rights enjoyed by an exclusive licensee is found in a combination of ss. 13(4), 13(6), 13(7) and 36(1) of the Act, which state:

> **13.** ...
>
> (4) The owner of the copyright in any work may assign the right, either wholly or partially, and either generally or subject to limitations relating to territory, medium or sector of the market or other limitations relating to the scope of the assignment, and either for the whole term of the copyright or for any other part thereof, and may grant any interest in the right by licence, but no assignment or grant is valid unless it is in writing signed by the owner of the right in respect of which the assignment or grant is made, or by the owner's duly authorized agent.
>
> . . .
>
> (6) For greater certainty, it is deemed always to have been the law that a right of action for infringement of copyright may be assigned in association with the assignment of the copyright or the grant of an interest in the copyright by licence.
>
> (7) For greater certainty, it is deemed always to have been the law that a grant of an exclusive licence in a copyright constitutes the grant of an interest in the copyright by licence.
>
> . . .

matière de propriété et de conduite et il ne relève pas des droits et obligations existant autrefois en *common law*. La loi concernant le droit d'auteur crée simplement des droits et obligations selon certaines conditions et circonstances établies dans le texte législatif.

Encore aujourd'hui, le droit d'auteur est d'origine exclusivement législative : *Théberge*; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13.

Selon moi, le libellé clair de la Loi est déterminant. L'expression « licence exclusive » est définie, à l'art. 2.7, comme étant

> l'autorisation accordée au licencié d'accomplir un acte visé par un droit d'auteur de façon exclusive, qu'elle soit accordée par le titulaire du droit d'auteur ou par une personne déjà titulaire d'une licence exclusive; l'exclusion vise tous les titulaires.

Lus ensemble, les par. 13(4), 13(6), 13(7) et 36(1) de la Loi clarifient la nature et la qualité des droits dont jouit le licencié exclusif :

> **13.** ...
>
> (4) Le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent dûment autorisé.
>
> . . .
>
> (6) Il est entendu que la cession du droit d'action pour violation du droit d'auteur est réputée avoir toujours pu se faire en relation avec la cession du droit d'auteur ou la concession par licence de l'intérêt dans celui-ci.
>
> (7) Il est entendu que la concession d'une licence exclusive sur un droit d'auteur est réputée toujours avoir valu concession par licence d'un intérêt dans ce droit d'auteur.
>
> . . .

36. (1) Subject to this section, the owner of any copyright, or any person or persons deriving any right, title or interest by assignment or grant in writing from the owner, may individually for himself or herself, as a party to the proceedings in his or her own name, protect and enforce any right that he or she holds, and, to the extent of that right, title and interest, is entitled to the remedies provided by this Act.

Under s. 13(4) and s. 13(6), the owner of a copyright is free to divest itself of *any* interest in the copyright, in whole or in part, either by assignment *or* by licence: J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4th ed. (loose-leaf)), at p. 19-24.

A copyright holder's ability to alienate its interest either through licensing or assignment is perfectly consistent with the statutory scheme. Vertical and horizontal divisibility is, arguably, a hallmark of copyright: see *Bouchet v. Kyriacopoulos* (1964), 45 C.P.R. 265 (Ex. Ct.). And, as Binnie J. noted in *Théberge*, at para. 12, the economic objectives of copyright law are furthered through the transferability of either full or partial copyright interests.

Section 13(7) clarifies that an exclusive licence is the grant of a proprietary interest in the copyright itself: see *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363, 2006 SCC 43, at para. 56. And s. 36(1) stipulates that any such grant of an interest in the copyright can be protected through the remedies provided in the Act.

The effect of s. 13(7) is to limit the distinction between the rights of assignees and exclusive licensees: McKeown, at p. 19-25; T. Scassa, "Using Copyright Law to Prevent Parallel Importation: A Comment on *Kraft Canada, Inc. v. Euro Excellence, Inc.*" (2006), 85 *Can. Bar Rev.* 409, at p. 416; N. Tamaro, *The 2006 Annotated Copyright Act* (2006). The interest granted under s. 13(7) therefore includes a right, under s. 36(1), to protect that interest as against all others, including the owner-licensor, by availing itself of the remedies in the Act.

36. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, le titulaire d'un droit d'auteur, ou quiconque possède un droit, un titre ou un intérêt acquis par cession ou concession consentie par écrit par le titulaire peut, individuellement pour son propre compte, ou en son propre nom comme partie à une procédure, soutenir et faire valoir les droits qu'il détient, et il peut exercer les recours prévus par la présente loi dans toute l'étendue de son droit, de son titre et de son intérêt.

116 Aux termes des par. 13(4) et 13(6), le titulaire du droit d'auteur peut aliéner, en totalité ou en partie, un intérêt *quelconque* dans ce droit, par cession *ou* par licence : J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4e éd. (feuilles mobiles)), p. 19-24.

117 La capacité du titulaire du droit d'auteur d'aliéner son intérêt par cession ou par licence est parfaitement compatible avec l'économie de la Loi. On pourrait soutenir que la divisibilité verticale et horizontale est une caractéristique du droit d'auteur : voir *Bouchet c. Kyriacopoulos* (1964), 45 C.P.R. 265 (C. de l'É.). Puis, comme l'a souligné le juge Binnie dans l'arrêt *Théberge*, par. 12, la transférabilité de la totalité ou d'une partie des intérêts dans le droit d'auteur favorise la réalisation des objectifs économiques de la législation sur le droit d'auteur.

118 Le paragraphe 13(7) précise que la concession d'une licence exclusive est la concession d'un intérêt propriétal dans le droit d'auteur lui-même : voir l'arrêt *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, 2006 CSC 43, par. 56. De plus, le par. 36(1) prévoit que cette concession d'un intérêt dans le droit d'auteur peut être protégée par l'exercice des recours prévus par la Loi.

119 Le paragraphe 13(7) a pour effet de restreindre la distinction entre les droits des cessionnaires et ceux des licenciés exclusifs : McKeown, p. 19-25; T. Scassa, « Using Copyright Law to Prevent Parallel Importation : A Comment on *Kraft Canada, Inc. v. Euro Excellence, Inc.* » (2006), 85 *R. du B. can.* 409, p. 416; N. Tamaro, *The 2006 Annotated Copyright Act* (2006). L'intérêt concédé aux termes du par. 13(7) comprend donc, en vertu du par. 36(1), le droit de protéger cet intérêt contre tous, y compris le titulaire-concédant, par l'exercice des recours prévus par la Loi.

120 In other words, when the owner-licensor transfers an interest to the exclusive licensee, that licensee becomes, under the Act, the owner of a defined interest in the copyright: see *Éditions de la Table ronde s.a. v. Couture*, [1995] Q.J. No. 1519 (QL) (S.C.), and *Dynabec Ltée v. Société d'informatique R.D.G. Inc.* (1985), 6 C.P.R. (3d) 322 (Que. C.A.).

121 Where the owner of a copyright has granted an exclusive licence, therefore, it has, to the extent of the duration, territorial scope, and terms of that licence, temporarily granted that interest in the copyright to the exclusive licensee.

122 The scope of the precise interest granted is shaped by the terms of the licensing agreement: see *Fonds Gabrielle Roy v. Éditions internationales Alain Stanké ltée*, [1993] Q.J. No. 2525 (QL) (S.C.); and *British Actors Film Co. v. Glover*, [1918] 1 K.B. 299, at p. 307. In this case, the agreement stated:

> 2.01 The Licensor grants to the Licensee the sole and exclusive right and license in the Territory to produce, reproduce and adapt the Works or any substantial part thereof, in any material form whatever, and to use and publicly present the Works in association with the manufacture, distribution or sale in Canada of confectionery products, including, but not limited to, chocolate.

123 This is the grant of the "sole and exclusive right", in Canada, to "produce", "reproduce", "adapt", "use", "distribute" and "sell" the products. These terms, read together with the rights granted to an exclusive licensee in ss. 2.7 and 13(7), as well as the rights in s. 36(1) to protect and enforce its rights and interests through remedies provided by the Act, give the exclusive licensee the right to invoke the Act for copyright infringement not only against third parties, but, as s. 2.7 confirms, against the owner-licensor as well.

124 The trial judge, not unreasonably, treated this exclusive licence as an assignment: *Kraft Canada*

En d'autres termes, lorsque le titulaire-concédant transfère un intérêt au licencié exclusif, ce dernier devient, aux termes de la Loi, le titulaire d'un intérêt défini dans le droit d'auteur : voir *Éditions de la Table ronde s.a. c. Couture*, [1995] A.Q. nº 1519 (QL) (C.S.), et *Dynabec Ltée c. Société d'informatique R.D.G. Inc.*, [1985] C.A. 236.

Le titulaire d'un droit d'auteur qui a concédé une licence exclusive a donc — aux conditions et pour la durée de cette licence et sur le territoire qu'elle vise — concédé temporairement au licencié exclusif l'intérêt en question dans le droit d'auteur.

La portée de l'intérêt précisément concédé est déterminée par les conditions du contrat de licence : voir *Fonds Gabrielle Roy c. Éditions internationales Alain Stanké ltée*, [1993] J.Q. nº 2525 (QL) (C.S.), et *British Actors Film Co. c. Glover*, [1918] 1 K.B. 299, p. 307. En l'espèce, le contrat comportait la clause suivante :

[TRADUCTION]

> 2.01 Le concédant confère au licencié l'autorisation et le droit exclusifs de produire, de reproduire et d'adapter les œuvres ou une partie importante de celles-ci sur le territoire, sous une forme matérielle quelconque, et d'utiliser et de présenter publiquement les œuvres en liaison avec la fabrication, la mise en circulation ou la vente au Canada de produits de confiserie, notamment du chocolat.

Il y a donc concession du « droit exclusi[f] » de « produire », de « reproduire », d'« adapter », d'« utiliser », de « mettre en circulation » et de « vendre » les produits au Canada. Ces termes, interprétés conjointement avec les droits concédés au licencié exclusif à l'art. 2.7 et au par. 13(7), ainsi qu'avec le droit, énoncé au par. 36(1), de soutenir et faire valoir ses droits et intérêts par l'exercice des recours prévus par la Loi, confèrent au licencié exclusif le droit d'invoquer la Loi relativement à une violation du droit d'auteur, non seulement contre des tiers mais aussi, comme le confirme l'art. 2.7, contre le titulaire-concédant.

Le juge de première instance a, de manière non déraisonnable, assimilé cette licence exclusive à

Inc. v. Euro Excellence Inc., [2004] 4 F.C.R. 410, 2004 FC 652, at para. 39. However, even as an exclusive licence, the proprietary interest clearly extends to the production and distribution of copyrighted works in Canada.

I accept that exclusive licences are distinct from assignments under the Act. This difference is recognized in s. 13(5) of the Act, dealing with partial assignments of copyright:

(5) Where, under any partial assignment of copyright, the assignee becomes entitled to any right comprised in copyright, the assignee, with respect to the rights so assigned, and the assignor, with respect to the rights not assigned, shall be treated for the purposes of this Act as the owner of the copyright, and this Act has effect accordingly.

This provision is interpretive in nature, clarifying that a partial assignee enjoys complete control over what was assigned to it, while the assignor retains ownership rights in what was not assigned.

As Rothstein J. notes, there is no analogous provision with respect to licensees. But, in my view, the absence of such a provision does not derogate from the rights the Act *does* unambiguously assign to exclusive licensees.

An exclusive licence which did not prevent others, including the owner-licensor, from performing the acts addressed in the licensing agreement, would no longer be exclusive. It would also render meaningless the statutory definition found in s. 2.7 of an exclusive licensee as the holder of rights "to the exclusion of all others including the copyright owner".

While an owner-licensor is, technically, still the owner of the copyright, it is nonetheless liable to an exclusive licensee if it breaches the copyright interest it has granted. Otherwise, the owner-licensor could continue to assert that despite having granted an exclusive interest in its copyright, it was free to compete with the exclusive licensee without fear of attack from the Act's remedial tentacles. The

une cession : *Kraft Canada Inc. c. Euro Excellence Inc.*, [2004] 4 R.C.F. 410, 2004 CF 652, par. 39. Toutefois, même dans le cas d'une licence exclusive, l'intérêt propriétal vise de toute évidence la production et la mise en circulation au Canada des œuvres protégées par le droit d'auteur.

Je reconnais que la Loi établit une distinction entre la licence exclusive et la cession. Cette différence se reflète au par. 13(5) de la Loi, qui traite de la cession partielle du droit d'auteur : 125

(5) Lorsque, en vertu d'une cession partielle du droit d'auteur, le cessionnaire est investi d'un droit quelconque compris dans le droit d'auteur, sont traités comme titulaires du droit d'auteur, pour l'application de la présente loi, le cessionnaire, en ce qui concerne les droits cédés, et le cédant, en ce qui concerne les droits non cédés, les dispositions de la présente loi recevant leur application en conséquence.

Cette disposition de nature interprétative précise que le cessionnaire partiel a la pleine maîtrise de ce qui lui a été cédé, alors que le cédant conserve des droits de propriété sur ce qui n'a pas été cédé.

Comme le fait observer le juge Rothstein, il n'y a pas de disposition analogue à l'égard des licenciés. J'estime toutefois que l'absence d'une telle disposition ne change rien aux droits que la Loi *confère* sans équivoque aux licenciés exclusifs. 126

Une licence exclusive qui n'empêcherait pas autrui, y compris le titulaire-concédant, d'accomplir les actes énoncés dans le contrat de licence ne serait plus exclusive. Elle viderait également de tout son sens la définition que l'art. 2.7 de la Loi donne du licencié exclusif comme étant celui qui détient des droits opposables à tous, y compris le concédant (« *to the exclusion of all others including the copyright owner* »). 127

Bien que le titulaire-concédant demeure, à proprement parler, le titulaire du droit d'auteur, il est néanmoins responsable envers le licencié exclusif s'il viole l'intérêt dans le droit d'auteur qu'il lui a concédé. Sinon, le titulaire-concédant pourrait continuer de maintenir que, même s'il a concédé un intérêt exclusif dans son droit d'auteur, il était libre de faire concurrence au licencié exclusif, sans 128

legislation, in my view, contradicts such immunity from the statute and, on the contrary, clearly entitles an exclusive licensee to sue for secondary infringement, even where the work was reproduced by the owner-licensor.

129 Copyright confers a limited monopoly to "produce or reproduce" the work in any material form whatever. In this case, KCI purchased the exclusive licence to the copyrighted work precisely because it wanted copyright on chocolate bar wrappers. Euro-Excellence purchased chocolate bars with labels displaying the copyrighted works; it imported those works into Canada after being notified of KCI's Canadian copyright interest; its purpose in importing the chocolate bars and the wrappers was to sell them or distribute them by way of trade. A s. 27(2)(*e*) infringement is therefore made out. KCI is entitled to the remedies provided by the Act.

130 I would dismiss the appeal and, as requested by KCI, return the matter to Harrington J. for a reassessment of damages.

craindre de faire l'objet des recours prévus par la Loi. J'estime que cette immunité n'est pas possible selon le libellé de la Loi; la Loi habilite clairement le licencié exclusif à intenter une action pour violation à une étape ultérieure, même dans le cas où l'œuvre a été reproduite par le titulaire-concédant.

Le droit d'auteur confère un monopole limité de la « production ou reproduction » de l'œuvre sous une forme matérielle quelconque. En l'espèce, KCI a acquis la licence exclusive sur l'œuvre protégée par le droit d'auteur justement parce qu'elle souhaitait avoir un droit d'auteur sur les emballages des tablettes de chocolat. Euro-Excellence a acheté des barres de chocolat dont les étiquettes arboraient les œuvres protégées; elle a importé ces œuvres au Canada après avoir été avisée de l'intérêt de KCI dans le droit d'auteur canadien; elle a importé les tablettes de chocolat et les emballages pour en faire la vente ou la mise en circulation dans un but commercial. L'existence d'une contravention à l'al. 27(2)*e*) est donc établie. KCI a le droit d'exercer les recours prévus par la Loi.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et, comme l'a demandé KCI, de renvoyer l'affaire au juge Harrington pour qu'il procède à une nouvelle évaluation des dommages-intérêts.

APPENDIX

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42

2. [Definitions] . . .

"copyright" means the rights described in

(*a*) section 3, in the case of a work,

. . .

"infringing" means

(*a*) in relation to a work in which copyright subsists, any copy, including any colourable imitation, made or dealt with in contravention of this Act,

(*b*) in relation to a performer's performance in respect of which copyright subsists, any fixation or copy of a fixation of it made or dealt with in contravention of this Act,

ANNEXE

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42

2. [Définitions] . . .

« contrefaçon »

a) À l'égard d'une œuvre sur laquelle existe un droit d'auteur, toute reproduction, y compris l'imitation déguisée, qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi;

b) à l'égard d'une prestation sur laquelle existe un droit d'auteur, toute fixation ou reproduction de celle-ci qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi;

c) à l'égard d'un enregistrement sonore sur lequel existe un droit d'auteur, toute reproduction de celle-ci

(*c*) in relation to a sound recording in respect of which copyright subsists, any copy of it made or dealt with in contravention of this Act, or

(*d*) in relation to a communication signal in respect of which copyright subsists, any fixation or copy of a fixation of it made or dealt with in contravention of this Act.

The definition includes a copy that is imported in the circumstances set out in paragraph 27(2)(*e*) and section 27.1 but does not otherwise include a copy made with the consent of the owner of the copyright in the country where the copy was made;

. . .

2.7 [Exclusive licence] For the purposes of this Act, an exclusive licence is an authorization to do any act that is subject to copyright to the exclusion of all others including the copyright owner, whether the authorization is granted by the owner or an exclusive licensee claiming under the owner.

. . .

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

(*a*) to produce, reproduce, perform or publish any translation of the work,

. . .

and to authorize any such acts.

. . .

13. . . .

(4) [Assignments and licences] The owner of the copyright in any work may assign the right, either

qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi;

d) à l'égard d'un signal de communication sur lequel existe un droit d'auteur, toute fixation ou reproduction de la fixation qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi.

La présente définition exclut la reproduction — autre que celle visée par l'alinéa 27(2)*e*) et l'article 27.1 — fait avec le consentement du titulaire du droit d'auteur dans le pays de production.

. . .

« droit d'auteur » S'entend du droit visé :

a) dans le cas d'une œuvre, à l'article 3;

. . .

2.7 [Licence exclusive] Pour l'application de la présente loi, une licence exclusive est l'autorisation accordée au licencié d'accomplir un acte visé par un droit d'auteur de façon exclusive, qu'elle soit accordée par le titulaire du droit d'auteur ou par une personne déjà titulaire d'une licence exclusive; l'exclusion vise tous les titulaires.

. . .

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

a) de produire, reproduire, représenter ou publier une traduction de l'œuvre;

. . .

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

. . .

13. . . .

(4) [Cession et licences] Le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en

wholly or partially, and either generally or subject to limitations relating to territory, medium or sector of the market or other limitations relating to the scope of the assignment, and either for the whole term of the copyright or for any other part thereof, and may grant any interest in the right by licence, but no assignment or grant is valid unless it is in writing signed by the owner of the right in respect of which the assignment or grant is made, or by the owner's duly authorized agent.

(5) [Ownership in case of partial assignment] Where, under any partial assignment of copyright, the assignee becomes entitled to any right comprised in copyright, the assignee, with respect to the rights so assigned, and the assignor, with respect to the rights not assigned, shall be treated for the purposes of this Act as the owner of the copyright, and this Act has effect accordingly.

(6) [Assignment of right of action] For greater certainty, it is deemed always to have been the law that a right of action for infringement of copyright may be assigned in association with the assignment of the copyright or the grant of an interest in the copyright by licence.

(7) [Exclusive licence] For greater certainty, it is deemed always to have been the law that a grant of an exclusive licence in a copyright constitutes the grant of an interest in the copyright by licence.

. . .

27. (1) [Infringement generally] It is an infringement of copyright for any person to do, without the consent of the owner of the copyright, anything that by this Act only the owner of the copyright has the right to do.

(2) [Secondary infringement] It is an infringement of copyright for any person to

(*a*) sell or rent out,

(*b*) distribute to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright,

(*c*) by way of trade distribute, expose or offer for sale or rental, or exhibit in public,

(*d*) possess for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (*a*) to (*c*), or

(*e*) import into Canada for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (*a*) to (*c*),

partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent dûment autorisé.

(5) [Possession dans le cas de cession partielle] Lorsque, en vertu d'une cession partielle du droit d'auteur, le cessionnaire est investi d'un droit quelconque compris dans le droit d'auteur, sont traités comme titulaires du droit d'auteur, pour l'application de la présente loi, le cessionnaire, en ce qui concerne les droits cédés, et le cédant, en ce qui concerne les droits non cédés, les dispositions de la présente loi recevant leur application en conséquence.

(6) [Cession d'un droit de recours] Il est entendu que la cession du droit d'action pour violation du droit d'auteur est réputée avoir toujours pu se faire en relation avec la cession du droit d'auteur ou la concession par licence de l'intérêt dans celui-ci.

(7) [Licence exclusive] Il est entendu que la concession d'une licence exclusive sur un droit d'auteur est réputée toujours avoir valu concession par licence d'un intérêt dans ce droit d'auteur.

. . .

27. (1) [Règle générale] Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'accomplir.

(2) [Violation à une étape ultérieure] Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement de tout acte ci-après en ce qui a trait à l'exemplaire d'une œuvre, d'une fixation d'une prestation, d'un enregistrement sonore ou d'une fixation d'un signal de communication alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit, ou en constituerait une si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit :

a) la vente ou la location;

b) la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur;

a copy of a work, sound recording or fixation of a performer's performance or of a communication signal that the person knows or should have known infringes copyright or would infringe copyright if it had been made in Canada by the person who made it.

. . .

36. (1) [Protection of separate rights] Subject to this section, the owner of any copyright, or any person or persons deriving any right, title or interest by assignment or grant in writing from the owner, may individually for himself or herself, as a party to the proceedings in his or her own name, protect and enforce any right that he or she holds, and, to the extent of that right, title and interest, is entitled to the remedies provided by this Act.

(2) [Where copyright owner to be made party] Where proceedings referred to in subsection (1) are taken by a person other than the copyright owner, the copyright owner must be made a party to those proceedings, except

(*a*) in respect of proceedings taken under section 44.1, 44.2 or 44.4;

(*b*) in respect of interlocutory proceedings unless the court is of the opinion that the interests of justice require the copyright owner to be a party; and

(*c*) in any other case, if the court is of the opinion that the interests of justice do not require the copyright owner to be a party.

. . .

64. . . .

(2) [Non-infringement re certain designs] Where copyright subsists in a design applied to a useful article or in an artistic work from which the design is derived and, by or under the authority of any person who owns the copyright in Canada or who owns the copyright elsewhere,

(*a*) the article is reproduced in a quantity of more than fifty, or

(*b*) where the article is a plate, engraving or cast, the article is used for producing more than fifty useful articles,

c) la mise en circulation, la mise ou l'offre en vente ou en location, ou l'exposition en public, dans un but commercial;

d) la possession en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas *a*) à *c*);

e) l'importation au Canada en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas *a*) à *c*).

. . .

36. (1) [Protection des droits distincts] Sous réserve des autres dispositions du présent article, le titulaire d'un droit d'auteur, ou quiconque possède un droit, un titre ou un intérêt acquis par cession ou concession consentie par écrit par le titulaire peut, individuellement pour son propre compte, ou en son propre nom comme partie à une procédure, soutenir et faire valoir les droits qu'il détient, et il peut exercer les recours prévus par la présente loi dans toute l'étendue de son droit, de son titre et de son intérêt.

(2) [Partie à l'action] Lorsque des procédures sont engagées en vertu du paragraphe (1) par une personne autre que le titulaire du droit d'auteur, ce dernier doit être constitué partie à ces procédures sauf :

a) dans le cas de procédures engagées en vertu des articles 44.1, 44.2 ou 44.4;

b) dans le cas de procédures interlocutoires, à moins que le tribunal estime qu'il est dans l'intérêt de la justice de constituer le titulaire du droit d'auteur partie aux procédures;

c) dans tous les autres cas où le tribunal estime que l'intérêt de la justice ne l'exige pas.

. . .

64. . . .

(2) [Non-violation : cas de certains dessins] Ne constitue pas une violation du droit d'auteur ou des droits moraux sur un dessin appliqué à un objet utilitaire, ou sur une œuvre artistique dont le dessin est tiré, ni le fait de reproduire ce dessin, ou un dessin qui n'en diffère pas sensiblement, en réalisant l'objet ou toute reproduction graphique ou matérielle de celui-ci, ni le fait d'accomplir avec un objet ainsi réalisé, ou sa reproduction, un acte réservé exclusivement au titulaire du droit, pourvu que l'objet, de par l'autorisation du titulaire — au Canada ou à l'étranger — remplisse l'une des conditions suivantes :

it shall not thereafter be an infringement of the copyright or the moral rights for anyone

(*c*) to reproduce the design of the article or a design not differing substantially from the design of the article by

(i) making the article, or

(ii) making a drawing or other reproduction in any material form of the article, or

(*d*) to do with an article, drawing or reproduction that is made as described in paragraph (*c*) anything that the owner of the copyright has the sole right to do with the design or artistic work in which the copyright subsists.

(3) [Exception] Subsection (2) does not apply in respect of the copyright or the moral rights in an artistic work in so far as the work is used as or for

. . .

(*b*) a trade-mark or a representation thereof or a label;

. . .

Appeal allowed with costs, McLACHLIN C.J. *and* ABELLA J. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: François Boscher, Montréal.

Solicitors for the respondents: Sim, Lowman, Ashton & McKay, Toronto.

Solicitors for the intervener the Retail Council of Canada: Macera & Jarzyna, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters Canada: Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

a) être reproduit à plus de cinquante exemplaires;

b) s'agissant d'une planche, d'une gravure ou d'un moule, servir à la production de plus de cinquante objets utilitaires.

(3) [Exception] Le paragraphe (2) ne s'applique pas au droit d'auteur ou aux droits moraux sur une œuvre artistique dans la mesure où elle est utilisée à l'une ou l'autre des fins suivantes :

. . .

b) marques de commerce, ou leurs représentations, ou étiquettes;

. . .

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge en chef McLACHLIN *et la juge* ABELLA *sont dissidentes.*

Procureur de l'appelante : François Boscher, Montréal.

Procureurs des intimées : Sim, Lowman, Ashton & McKay, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien du commerce de détail : Macera & Jarzyna, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance des manufacturiers et des exportateurs du Canada : Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

Syl Apps Secure Treatment Centre and Douglas Baptiste *Appellants*

v.

B.D., K.D., E.S. and J.D., and S.D. and A.D. by their Litigation Guardian E.S. *Respondents*

and

Attorney General of British Columbia *Intervener*

INDEXED AS: SYL APPS SECURE TREATMENT CENTRE *v.* B.D.

Neutral citation: 2007 SCC 38.

File No.: 31404.

2007: April 26; 2007: July 27.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Negligence — Duty of care — Child in need of protection — Child apprehended by Crown and ordered by court to be placed in treatment centre — Whether treatment centre and its social workers owe duty of care to family members of child — When new duty of care should be recognized.

In January 1995, R.D. was apprehended by the Children's Aid Society and placed in a foster home. She was 14 years old and had written a story at her school which alleged that her parents had physically and sexually abused her. After a police investigation, no criminal charges were laid. R.D. was found to be a child in need of protection and temporary wardship was ordered. After being placed in foster care and subsequently transferred to several psychiatric facilities, she was sent to a treatment centre where B was her social worker/case coordinator. R.D., with her consent, was made a permanent ward of the Crown in October 1996. Her parents, grandmother, and three siblings issued a

Syl Apps Secure Treatment Centre et Douglas Baptiste *Appelants*

c.

B.D., K.D., E.S. et J.D., ainsi que S.D. et A.D. représentés par leur tutrice à l'instance, E.S. *Intimés*

et

Procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : SYL APPS SECURE TREATMENT CENTRE *c.* B.D.

Référence neutre : 2007 CSC 38.

N° du greffe : 31404.

2007 : 26 avril; 2007 : 27 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Enfant ayant besoin de protection — Enfant appréhendée par la Couronne et placée, sur ordre du tribunal, dans un centre de traitement — Le centre de traitement et ses travailleurs sociaux ont-ils une obligation de diligence envers les membres de la famille de l'enfant? — Dans quels cas y a-t-il lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence?

En janvier 1995, R.D. a été appréhendée par la société d'aide à l'enfance et placée en famille d'accueil. Elle avait 14 ans. Dans une rédaction, à l'école, elle avait écrit qu'elle avait subi des sévices physiques et sexuels de la part de ses parents. Après une enquête policière, aucune accusation n'a été portée. R.D. a été déclarée enfant ayant besoin de protection et une ordonnance de tutelle temporaire a été rendue. Après avoir été placée en famille d'accueil, puis transférée à plusieurs établissements psychiatriques, elle a été envoyée dans un centre de traitement où le travailleur social affecté à son cas comme coordonnateur clinique était B. Avec son consentement, elle a été placée

statement of claim seeking $40,000,000 in damages. The family's allegations revolved around their assertion that R.D. was treated by the treatment centre and B as if her parents had physically and sexually abused her, that this was negligent conduct, and that the negligence caused R.D. not to return to her family, thereby depriving the family of a relationship with her. A motion was filed under Rule 21.01(1)(b) of the Ontario *Rules of Civil Procedure* to have the statement of claim struck out on the ground that it disclosed no reasonable cause of action. The motion was granted, but the Court of Appeal set aside the motions judge's decision.

Held: The appeal should be allowed.

In order to establish that the treatment centre and B owed R.D.'s family a duty of care, (1) the harm complained of must have been reasonably foreseeable, (2) there must have been sufficient proximity between them and the family such that it would be fair and just to impose a duty of care, and (3) there must be no residual policy reasons for declining to impose such a duty. Here, reasonable foreseeability is not disputed, but the analysis stalls at the proximity stage. The deciding factor in this case is the potential for conflicting duties: imposing a duty of care in respect of the relationship between the family of a child in care and that child's court-ordered service providers creates a genuine potential for "serious and significant" conflict with the service providers' transcendent statutory duty to promote the best interests, protection and well-being of the children in their care. When a child is placed in the temporary care of the Children's Aid Society, or if Crown wardship is ordered, the *Child and Family Services Act* creates an inherently adversarial relationship between parents and the state. The fact that the interests of the parents and of the child may occasionally align does not diminish the concern that in many if not most of the cases, conflict is inevitable. While it is true that ss. 1 and 37(3) of the *Child and Family Services Act*, which the family seeks to rely on to ground proximity, make reference to the family, nothing in them detracts from the Act's overall and determinative emphasis on the protection and promotion of the child's best interests, not those of the family. Furthermore, the treatment centre and B are providing services to R.D. in a treatment context, a context that invokes medical paradigms of confidentiality and privacy. To recognize a duty to parents in this context could also result in conflicting duties in the provision of medical treatment to children who have been removed from their parents' custody. It is very difficult to see how different professionals, including doctors

sous la tutelle permanente de la Couronne en octobre 1996. Son père, sa mère, une de ses grand-mères et ses trois frères et sœur ont intenté une action en dommages-intérêts dans laquelle ils réclamaient 40 000 000 $. Ils soutenaient principalement que le centre de traitement et B avaient traité R.D. comme si ses parents lui avaient infligé des sévices physiques et sexuels, ce qui constituait de la négligence, et qu'à cause de cette négligence R.D. n'était jamais retournée dans sa famille, ce qui privait celle-ci de ses liens avec elle. On a présenté une motion en vertu de l'al. 21.01(1)b) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario pour faire radier la déclaration au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action fondée. La motion a été accueillie, mais la Cour d'appel a annulé la décision du juge des motions.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Pour établir que le centre de traitement et B ont une obligation de diligence envers la famille de R.D., il faut (1) que le préjudice reproché soit raisonnablement prévisible, (2) qu'il y ait eu entre eux et la famille un lien de proximité suffisamment étroit pour qu'il soit juste et équitable de leur imposer une obligation de diligence et (3) qu'il n'existe aucune considération de politique générale résiduelle justifiant la non-imposition d'une telle obligation. En l'espèce, la prévisibilité raisonnable n'est pas contestée, mais l'analyse s'enraye à l'étape de la proximité. Le facteur déterminant ici est le risque de conflit d'obligations. En effet, en imposant une obligation de diligence fondée sur la relation entre la famille d'un enfant pris en charge et les fournisseurs de soins désignés par le tribunal pour cet enfant, on crée un risque réel de sérieux conflit avec le devoir transcendant que la loi impose aux fournisseurs de services de veiller à l'intérêt véritable, à la protection et au bien-être de l'enfant dont ils ont la charge. Si l'enfant est confié temporairement à la société d'aide à l'enfance ou s'il est déclaré pupille de la Couronne, la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* crée une relation intrinsèquement antagoniste entre les parents et l'État. Ce n'est pas parce que les intérêts des parents et ceux de l'enfant peuvent parfois coïncider que le problème de l'inévitabilité du conflit qui se pose dans beaucoup de ces cas, voire la majorité, s'en trouve diminué. Il est vrai que l'art. 1 et le par. 37(3) de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, qu'invoque la famille pour fonder l'existence d'une proximité, font état de la famille, mais rien dans ces dispositions ne diminue la prépondérance générale et déterminante que la Loi accorde à la protection et à la promotion de l'intérêt véritable de l'enfant, non celui de la famille. En outre, le centre de traitement et B prodiguent des soins à R.D. dans un contexte de traitement, contexte qui fait intervenir les modèles médicaux de confidentialité et de protection de la vie privée. Dans ce

and social workers, could all effectively work together if some of them owed a duty other than to the child/patient. Lastly, the conclusion that there is no proximity is reinforced by two additional reflections of legislative policy. The first is that the Act itself provides a remedy for families seeking to challenge the way their child is treated. The second is that there is a clear legislative intent to protect those working in the child protection field from liability for the good faith exercise of their statutory duty, and this intent is reflected in statutory immunity provisions. Since the statutory mandate is to treat the child's interests as paramount, there is, where the duties to the child have been performed in accordance with the statute, no liability to the family. [34] [36-37] [41-43] [46] [54] [56] [59-60] [64]

Cases Cited

Referred to: *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80; *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643, 2006 SCC 18; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Children's Aid Society of Halifax v. S.F.* (1992), 110 N.S.R. (2d) 159; *Children's Aid Society of Halifax v. C.M.N.* (1989), 91 N.S.R. (2d) 232; *Children's Aid Society for the District of Ottawa-Carleton v. L.H.*, [1994] O.J. No. 2501 (QL); *Children's Aid Society of Ottawa - Carleton v. D.L.*, [1995] O.J. No. 693 (QL); *F. (B.) v. Children's Aid Society of Kingston (City)*, 1995 CarswellOnt 2154; *Children's Aid Society of Brockville Leeds & Grenville v. C.*, 2001 CarswellOnt 1504; *Children's Aid Society of Hamilton-Wentworth v. R. (K.)*, 2003 CarswellOnt 2929; *Family Youth and Child Services of Muskoka v. N.C.*, [2004] O.J. No. 1733 (QL); *A.N. v. Saskatchewan (Minister of Social Services)* (1988), 68 Sask. R. 24; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. L. (M.)*, [1998] 2 S.C.R. 534; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; *M. v. Newham London Borough Council*, [1994] 2 W.L.R. 554;

contexte, si l'on reconnaissait l'existence d'une obligation envers les parents, le traitement médical d'enfants qui ont été retirés de la garde de leurs parents pourrait donner lieu à des obligations conflictuelles. On peut difficilement concevoir comment différents professionnels, dont des médecins et des travailleurs sociaux, pourraient travailler ensemble de façon efficace si certains d'entre eux avaient une obligation envers une personne autre que l'enfant/le patient. Enfin, deux autres éléments indicatifs de la politique législative renforcent la conclusion de l'inexistence du lien de proximité. Le premier découle de ce que la Loi elle-même prévoit un recours pour les familles qui veulent contester la façon dont leur enfant est traité. Le second élément réside dans le fait que le législateur a clairement eu l'intention de protéger ceux qui travaillent dans le domaine de la protection de l'enfance contre la responsabilité pour les actes accomplis de bonne foi dans l'exécution des obligations que la loi leur impose, comme en témoignent les dispositions d'immunité. Puisque selon le mandat confié par la loi il faut donner la primauté à l'intérêt de l'enfant, il n'existe pas, lorsque les obligations envers l'enfant ont été exécutées conformément à la loi, de responsabilité à l'égard de la famille. [34] [36-37] [41-43] [46] [54] [56] [59-60] [64]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80; *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643, 2006 CSC 18; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Children's Aid Society of Halifax c. S.F.* (1992), 110 N.S.R. (2d) 159; *Children's Aid Society of Halifax c. C.M.N.* (1989), 91 N.S.R. (2d) 232; *Children's Aid Society for the District of Ottawa-Carleton c. L.H.*, [1994] O.J. No. 2501 (QL); *Children's Aid Society of Ottawa - Carleton c. D.L.*, [1995] O.J. No. 693 (QL); *F. (B.) c. Children's Aid Society of Kingston (City)*, 1995 CarswellOnt 2154; *Children's Aid Society of Brockville Leeds & Grenville c. C.*, 2001 CarswellOnt 1504; *Children's Aid Society of Hamilton-Wentworth c. R. (K.)*, 2003 CarswellOnt 2929; *Family Youth and Child Services of Muskoka c. N.C.*, [2004] O.J. No. 1733 (QL); *A.N. c. Saskatchewan (Minister of Social Services)* (1988), 68 Sask. R. 24; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L. (M.)*, [1998] 2 R.C.S. 534; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165; *M. c. Newham London Borough Council*, [1994] 2

Sullivan v. Moody (2001), 207 C.L.R. 562, [2001] HCA 59; *Gardner v. Rusch* (1999), 179 D.L.R. (4th) 336; *P.S. v. Batth*, [1997] O.J. No. 4089 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 1, 2(2), 15(6), 37(2)(f), (h), (3), 63(1), 64(4), (7), (8).
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 142.
Ministry of Community and Social Services Act, R.S.O. 1990, c. M.20, s. 4(3).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 21.01(1)(b).

Authors Cited

Bala, Nicholas. "Child Welfare Law in Canada: An Introduction", in N. Bala et al., eds., *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State*, 2nd ed. Toronto: Thompson Educational, 2004, 1.
Bala, Nicholas. "The Best Interests of the Child in the Post-Modernist Era: A Central but Illusive and Limited Concept", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2000: Family Law*. Toronto: LSUC, 1999, 3.1.
Goldstein, Joseph, et al. *The Best Interests of the Child: The Least Detrimental Alternative*. New York: Free Press, 1996.
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham: Butterworths, 2006.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Sharpe and Juriansz JJ.A.) (2006), 79 O.R. (3d) 45, 264 D.L.R. (4th) 135, 206 O.A.C. 350, 22 R.F.L. (6th) 87, [2006] O.J. No. 181 (QL), setting aside a decision of Hoilett J., 2004 CarswellOnt 8102. Appeal allowed.

Dennis W. Brown, *Q.C.*, *Malliha Wilson* and *Lise G. Favreau* , for the appellants.

Matthew Wilton and *Gregory Graham*, for the respondents.

Natalie Hepburn Barnes, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

1 ABELLA J. — Families are the core social unit. At their best, they offer guidance, nurture, and protection, especially for their most vulnerable members

W.L.R. 554; *Sullivan c. Moody* (2001), 207 C.L.R. 562, [2001] HCA 59; *Gardner c. Rusch* (1999), 179 D.L.R. (4th) 336; *P.S. c. Batth*, [1997] O.J. No. 4089 (QL).

Lois et règlements cités

Loi sur le ministère des Services sociaux et communautaires, L.R.O. 1990, ch. M.20, art. 4(3).
Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 1, 2(2), 15(6), 37(2)f), h), (3), 63(1), 64(4), (7), (8).
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 142.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 21.01(1)b).

Doctrine citée

Bala, Nicholas. « Child Welfare Law in Canada : An Introduction », in N. Bala et al., eds., *Canadian Child Welfare Law : Children, Families and the State*, 2nd ed. Toronto : Thompson Educational, 2004, 1.
Bala, Nicholas. « The Best Interests of the Child in the Post-Modernist Era : A Central but Illusive and Limited Concept », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2000 : Family Law*. Toronto : LSUC, 1999, 3.1.
Goldstein, Joseph, et al. *The Best Interests of the Child : The Least Detrimental Alternative*. New York : Free Press, 1996.
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham : Butterworths, 2006.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Sharpe et Juriansz) (2006), 79 O.R. (3d) 45, 264 D.L.R. (4th) 135, 206 O.A.C. 350, 22 R.F.L. (6th) 87, [2006] O.J. No. 181 (QL), qui a infirmé une décision du juge Hoilett, 2004 CarswellOnt 8102. Pourvoi accueilli.

Dennis W. Brown, *c.r.*, *Malliha Wilson* et *Lise G. Favreau*, pour les appelants.

Matthew Wilton et *Gregory Graham*, pour les intimés.

Natalie Hepburn Barnes, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE ABELLA — La famille forme la cellule sociale fondamentale. Dans le meilleur des cas, elle apporte orientation, soutien affectif et protection à

— children. When they cannot, and the child is at serious risk, the law gives the state the right, in appropriate circumstances, to remove a child from the rest of the family for his or her own protection. The significance and complexity of this statutorily assigned responsibility explain the requirement for ongoing judicial oversight.

This is the child protection context, and it is, not surprisingly, a highly adversarial one. While it recognizes that the family is the most private of institutions, it also recognizes that the entitlement to be free from state intrusion does not make the family immune from the state's overriding duty to ensure that children are protected from undue harm, including harm from the family. Evidence of danger to the child will always attract the state's attention and, occasionally, involve ordering that the child be placed for his or her own protection in the care of someone other than the family. The question in this case is whether, a treatment centre and its employee into whose care a child has been placed, owe a hitherto unrecognized legal duty of care to the family of a child they have been ordered to protect.

Background

In January 1995, R.D. was apprehended by the Halton Children's Aid Society ("Halton CAS") and placed in a foster home. She was 14 years old and had written a story at her school which alleged that her parents had physically and sexually abused her. Her parents denied the allegations, claiming, as the Court of Appeal noted, that R.D. was "delusional". The Halton Regional Police conducted an investigation. No criminal charges were laid.

According to the statement of claim, while in foster care, R.D. attempted suicide. As a result, she was transferred in February 1995 to the pediatric psychiatric ward of Oakville Trafalgar Memorial Hospital, where she again attempted suicide. This led, in March 1995, to her transfer to Youthdale Crisis Centre, a psychiatric facility in Toronto, and

ses membres, en particulier les membres les plus vulnérables — les enfants — mais, si elle n'est pas en mesure de le faire et que les enfants courent un risque grave, la loi autorise l'État, dans certaines circonstances, à retirer un enfant de sa famille pour le protéger. L'importance et la complexité de cette responsabilité imposée par la loi expliquent la nécessité de la constante attention judiciaire.

2 Le contexte est celui de la protection de l'enfance, et il n'est pas surprenant qu'il soit hautement accusatoire. Bien que la famille y soit reconnue comme l'institution privée par excellence, son droit d'être protégée contre l'ingérence de l'État ne la soustrait pas à l'effet de l'obligation prépondérante de celui-ci de veiller à la protection des enfants contre les préjudices indus, même de la part de la famille. La preuve d'une situation dangereuse pour un enfant suscitera toujours l'attention de l'État et donnera lieu, à l'occasion, à une ordonnance prescrivant qu'il soit confié, pour sa protection, à une personne autre que sa famille. La Cour doit décider, en l'espèce, si le centre de traitement et l'employé auxquels un enfant est confié ont une obligation légale de diligence, jusqu'ici méconnue, envers la famille d'un enfant qu'ils sont judiciairement tenus de protéger.

Les faits

3 En janvier 1995, R.D. a été appréhendée par la société d'aide à l'enfance de Halton (« SAE de Halton ») et placée en famille d'accueil. Elle avait 14 ans. Dans une rédaction, à l'école, elle avait écrit qu'elle avait subi des sévices physiques et sexuels de la part de ses parents. Ceux-ci ont nié les allégations, affirmant, comme l'a fait observer la Cour d'appel, que R.D. souffrait de « délire ». La police de Halton a fait enquête, mais aucune accusation n'a été portée.

4 Selon la déclaration, R.D. a fait une tentative de suicide pendant qu'elle était en famille d'accueil, ce qui a entraîné son transfert, en février 1995, au service de pédopsychiatrie du Trafalgar Memorial Hospital d'Oakville, où elle a récidivé. Elle a alors été transférée, en mars 1995, au centre détresse-secours Youthdale, un établissement psychiatrique

then, in April, to the Whitby Mental Health Centre. While at Whitby she attempted suicide for a third time.

5 In September 1995, on consent, Fuller J. found her to be a child in need of protection and ordered temporary wardship. The terms of the order included the provisions that, "where possible", attempts be made to reintegrate her into the family, and that there be a monthly meeting between the Halton CAS and the girl's parents.

6 At this and all subsequent hearings, R.D. was represented by counsel from the Office of the Children's Lawyer.

7 The provisions under which R.D. was found to be in need of protection were s. 37(2)(f) and (h) of the *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11 ("Act"). At the time they stated:

37. . . .

(2) A child is in need of protection where,

. . .

(f) the child has suffered emotional harm, demonstrated by severe,

(i) anxiety,

(ii) depression,

(iii) withdrawal, or

(iv) self-destructive or aggressive behaviour,

and the child's parent or the person having charge of the child does not provide, or refuses or is unavailable or unable to consent to, services or treatment to remedy or alleviate the harm;

. . .

(h) the child suffers from a mental, emotional or developmental condition that, if not remedied, could seriously impair the child's development and the child's parent or the person having

de Toronto, puis au centre de santé mentale Whitby, en avril. À ce dernier endroit, elle a fait une troisième tentative de suicide.

En septembre 1995, avec consentement, le juge Fuller l'a déclarée enfant ayant besoin de protection et a rendu une ordonnance de tutelle temporaire, qui prescrivait notamment que [TRADUCTION] « dans la mesure du possible » il faudrait essayer de la réintégrer dans sa famille et qu'il y aurait une rencontre mensuelle entre la SAE de Halton et les parents de la jeune fille.

Lors de cette audience et de toutes les audiences subséquentes, R.D. était représentée par un avocat du Bureau de l'avocat des enfants.

C'est en vertu des al. 37(2)f) et h) de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, que R.D. a été déclarée enfant ayant besoin de protection. Voici leur texte en vigueur à l'époque :

37. . . .

(2) Est un enfant ayant besoin de protection :

. . .

f) l'enfant qui a subi des maux affectifs qui se traduisent par, selon le cas :

(i) un sentiment profond d'angoisse,

(ii) un état dépressif grave,

(iii) un fort repliement sur soi,

(iv) un comportement autodestructeur ou agressif,

si son père ou sa mère ou la personne qui en est responsable ne fournit pas des services ou un traitement afin de remédier à ces maux ou de les soulager, refuse ou n'est pas en mesure de donner son consentement à ce traitement ou ces services, ou n'est pas disponible pour ce faire;

. . .

h) l'enfant dont l'état mental ou affectif ou de développement risque, s'il n'y est pas remédié, de porter gravement atteinte à son développement, si son père ou sa mère ou la personne qui en est

charge of the child does not provide, or refuses or is unavailable or unable to consent to, treatment to remedy or alleviate the condition;

responsable ne fournit pas un traitement afin de remédier à cet état ou de le soulager, refuse ou n'est pas en mesure de donner son consentement à ce traitement, ou n'est pas disponible pour ce faire;

Neither provision relates explicitly to physical or sexual abuse, but both anticipate that a child is suffering from serious emotional harm which the parents cannot or will not remedy or alleviate. In November 1995, over the objections of her parents but with her consent, Fuller J. ordered that R.D. be sent to the Syl Apps Secure Treatment Centre, operated by the Ontario Ministry of Community and Social Services. The social worker who was R.D.'s Clinical Case Coordinator at the treatment centre was Douglas Baptiste. 8

Aucune de ces dispositions ne mentionne expressément la violence physique ou sexuelle, mais elles prévoient toutes deux comme condition de leur application qu'un enfant ait subi des maux affectifs graves et que les parents ne soient pas en mesure ou refusent de remédier à ces maux ou de les soulager. En novembre 1995, le juge Fuller, malgré les objections des parents de R.D., mais avec le consentement de celle-ci, a ordonné qu'elle soit envoyée au Syl Apps Secure Treatment Centre, qui relevait du ministère des Services sociaux et communautaires. Le travailleur social affecté à son cas comme coordonnateur clinique était Douglas Baptiste.

R.D.'s temporary wardship order was extended by Fisher J. in April 1996. In October 1996, with R.D.'s consent, he ordered that she be made a permanent ward of the Crown. The Crown wardship order included a provision that any visitation and contact with family members be at the discretion of the child. 9

Le juge Fisher a prolongé la tutelle temporaire en avril 1996. En octobre 1996, avec le consentement de l'intéressée, il a ordonné qu'elle soit placée sous la tutelle permanente de la Couronne, prévoyant notamment que les visites et les contacts avec la famille seraient à la discrétion de l'enfant.

The parents appealed this order. On December 1, 1998, Clark J. dismissed the appeal, concluding that the trial judge had made no error of law and acted in the best interests of the child. 10

Les parents ont interjeté appel de cette ordonnance. Le 1er décembre 1998, le juge Clark a rejeté l'appel, concluant que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur de droit et avait agi dans l'intérêt véritable de l'enfant.

In November 1998 R.D. turned 18. 11

En novembre 1998 R.D. a eu 18 ans.

In May 1999, R.D.'s parents, grandmother, and three siblings issued a statement of claim seeking damages of $40,000,000 for the negligence of various government officials and institutions, including the Halton CAS, R.D.'s several social workers and doctors, the Syl Apps Secure Treatment Centre, and Mr. Baptiste. The family's allegations revolved around their assertion that R.D. was treated by the treatment centre and Mr. Baptiste as if her parents had physically and sexually abused her, that this was negligent conduct, and that the negligence caused R.D. not to return to her family, thereby depriving the family of a relationship with her. They sought 12

En mai 1999, le père, la mère, une grand-mère et trois frères et sœur ont intenté une action en dommages-intérêts pour négligence contre divers fonctionnaires et institutions gouvernementales, notamment la SAE de Halton, plusieurs travailleurs sociaux et médecins s'étant occupés de R.D., le Syl Apps Secure Treatment Centre et M. Baptiste, dans laquelle ils réclamaient des dommages-intérêts de 40 000 000 $. Ils soutenaient principalement que le centre de traitement et M. Baptiste avaient traité R.D. comme si ses parents lui avaient infligé des sévices physiques et sexuels, ce qui constituait de la négligence, et qu'à cause de cette négligence R.D.

damages for nervous shock, emotional distress and physical and mental illness, among others.

13 R.D. was not a party to the action.

14 In March 2004, the defendant treatment centre and Mr. Baptiste, along with Dr. Richard Meen, a psychiatrist who was the treatment centre's Clinical Director; Dr. Alina Lazor, a psychiatrist involved in R.D.'s care at the Whitby Mental Health Centre; and Megan Pallet, R.D.'s lawyer from the Office of the Children's Lawyer, brought a motion under Rule 21.01(1)(b) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, seeking to strike out the statement of claim on the grounds that it disclosed no reasonable cause of action.

15 The test on a Rule 21 motion was set out by this Court in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959:

> [A]ssuming that the facts as stated in the statement of claim can be proved, is it "plain and obvious" that the plaintiff's statement of claim discloses no reasonable cause of action? . . . Neither the length and complexity of the issues, the novelty of the cause of action, nor the potential for the defendant to present a strong defence should prevent the plaintiff from proceeding with his or her case. [Emphasis added; p. 980.]

16 The motions judge, Hoilett J., granted the motion (2004 CarswellOnt 8102). He concluded that the two doctors owed a duty of care only to their patient, R.D. In his view, R.D.'s lawyer, the treatment centre and Mr. Baptiste were in analogous circumstances to that of a doctor and they also, therefore, owed a duty of care only to the child, not to her family.

17 The family appealed the order as it related to the Syl Apps Secure Treatment Centre and Mr. Baptiste, not to the two doctors or R.D.'s lawyer.

18 In the Court of Appeal, the family abandoned their bad faith argument, resting their case on

n'était jamais retournée dans sa famille, ce qui privait celle-ci de ses liens avec elle. Ils ont réclamé des dommages-intérêts pour choc nerveux, détresse émotionnelle et troubles physiques et mentaux, entre autres.

R.D. n'était pas partie à l'action.

En mars 2004, le centre de traitement et M. Baptiste, ainsi que le psychiatre Richard Meen, qui assurait la direction clinique du centre, la D^r^ Alina Lazor, une psychiatre ayant traité R.D. au centre de santé mentale Whitby, et Megan Pallet, l'avocate du Bureau de l'avocat des enfants ayant représenté R.D., ont présenté une motion en vertu de l'al. 21.01(1)b) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, pour faire radier la déclaration au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action fondée.

Le critère applicable à une telle motion a été formulé dans *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959 :

> [D]ans l'hypothèse où les faits mentionnés dans la déclaration peuvent être prouvés, est-il « évident et manifeste » que la déclaration du demandeur ne révèle aucune cause d'action raisonnable? [. . .] La longueur et la complexité des questions, la nouveauté de la cause d'action ou la possibilité que les défendeurs présentent une défense solide ne devraient pas empêcher le demandeur d'intenter son action. [Je souligne; p. 980.]

Le juge Hoilett a accueilli la motion (2004 CarswellOnt 8102), estimant que les deux médecins avaient une obligation de diligence uniquement envers leur patiente, R.D. À son avis, l'avocate de R.D., le centre de traitement et M. Baptiste se trouvaient dans une situation analogue à celle des médecins et, par conséquent, ils n'avaient d'obligation de diligence qu'envers l'enfant, non envers sa famille.

La famille a porté l'ordonnance en appel à l'égard du Syl Apps Secure Treatment Centre et de M. Baptiste, non pas à l'égard des deux médecins et de l'avocate.

En Cour d'appel, la famille a abandonné son argument de mauvaise foi, fondant sa cause sur

the proposition that the treatment centre and Mr. Baptiste owed them a common law duty of care giving rise to an action for damages in negligence. Laskin J.A., writing for the majority, allowed the appeal on the basis that a secure treatment facility and a social worker employed there, may owe a legal duty of care to the family of a child in their care. The matter should therefore be allowed to proceed to trial: (2006), 79 O.R. (3d) 45. Sharpe J.A., in dissent, held that the potential for conflicting duties under the statute and court orders, as well as the residual policy consideration of "serious and significant interference with the capacity of the respondents to fulfil their primary and paramount duty to R.D.'s best interests", negated a duty of care (para. 89). There was therefore no need for a "case-specific factual inquiry that requires a full record at trial for its proper determination" (para. 90).

la thèse que le centre de traitement et M. Baptiste avaient envers elle une obligation de diligence issue de la common law qui, en cas de négligence, donnait naissance à une action en dommages-intérêts. Le juge Laskin, au nom de la majorité, a accueilli l'appel, déclarant qu'un établissement de traitement en milieu fermé et les travailleurs sociaux qu'il emploie peuvent avoir une obligation de diligence envers la famille d'un enfant confié à leurs soins et qu'il fallait donc laisser l'action suivre son cours : (2006), 79 O.R. (3d) 45. Par contre, selon le juge Sharpe, dissident, le risque de conflit entre les obligations découlant de la loi et celles découlant des ordonnances judiciaires, de même que les considérations de politique générale résiduelles concernant [TRADUCTION] « l'atteinte grave et substantielle à la capacité des intimés de s'acquitter de leur obligation première et primordiale de veiller aux intérêts de R.D. », neutralisaient l'obligation de diligence (par. 89). Il n'y avait donc pas lieu de procéder à [TRADUCTION] « un examen des faits de l'espèce nécessitant une instruction en bonne et due forme pour trancher la question » (par. 90).

Both the majority and dissenting reasons acknowledged that imposing such a duty of care would represent a novel duty at law. The benefit of making a determination on a Rule 21 motion about whether such a duty should be recognized, is obvious. If there is no legally recognized duty of care to the family owed by the defendants, there is no legal justification for a protracted and expensive trial. If, on the other hand, such a duty is accepted, a trial is necessary to determine whether, on the facts of this case, that duty has been breached.

19 Les juges de la majorité et le juge dissident ont reconnu dans leurs motifs que l'imposition d'une telle obligation de diligence serait de droit nouveau. L'avantage de statuer sur l'existence d'une telle obligation dans le cadre d'une requête fondée sur la règle 21 est évident. Si les défendeurs n'ont aucune obligation légale de diligence envers la famille, il n'y a pas matière à un procès long et coûteux. Par contre, si l'existence d'une telle obligation est reconnue, il faut instruire un procès pour établir si, compte tenu des faits, les défendeurs ont manqué à leur obligation.

For the reasons that follow, I agree with the motions judge and with Sharpe J.A. that to recognize such a legal duty to the family of a child in their care, would pose a real risk that a secure treatment centre and its employees would have to compromise their overriding duty to the child. I also agree with Sharpe J.A. that "the duty of care pertaining to the relationship between children in need of protection and those who are charged with their care should be clearly defined on a categorical basis, rather than

20 Pour les motifs exposés ci-après, j'estime, comme le juge des motions et le juge Sharpe, que la reconnaissance d'une obligation légale envers la famille d'un enfant confié à un établissement de traitement en milieu fermé ferait naître le danger réel que l'établissement et ses employés aient à transiger avec l'obligation prépondérante qu'ils ont envers l'enfant. Je conviens également avec le juge Sharpe que [TRADUCTION] « l'obligation de diligence découlant de la relation entre l'enfant à

being left in a fluid state to be resolved on a case-by-case basis" (para. 74).

21 I would not, as a result, recognize such a new legal duty. It follows that, in my view it is "plain and obvious" that the statement of claim discloses no reasonable cause of action against these defendants.

Analysis

22 The issue in this appeal is whether the Syl Apps Secure Treatment Centre and Mr. Baptiste, R.D.'s social worker/case coordinator there, owe a duty of care to the family of the child they have been ordered by the court to treat. Because such a duty has never before been recognized, the inquiry engages this Court's jurisprudence for determining when a new duty of care should be recognized.

23 The analytic divining rod used by this Court for determining whether a duty of care exists was first proposed in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), adopted by this Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, and definitively refined in *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79. It was confirmed in *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80, and *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643, 2006 SCC 18.

24 To determine whether there is a *prima facie* duty of care, we examine the factors of reasonable foreseeability and proximity. If this examination leads to the *prima facie* conclusion that there should be a duty of care imposed on this particular relationship, it remains to determine whether there are nonetheless additional policy reasons for not imposing the duty.

25 The basic proposition underlying "reasonable foreseeability" is that everyone "must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your

protéger et ceux qui sont chargés d'en prendre soin devrait être clairement définie de façon catégorique et non rester flottante et appeler une résolution au cas par cas » (par. 74).

Je ne suis donc pas disposée à reconnaître cette nouvelle obligation légale. À mon avis, il est donc « évident et manifeste » que la déclaration ne révèle aucune cause d'action fondée contre les défendeurs.

Analyse

Il s'agit en l'espèce de décider si Syl Apps Secure Treatment Centre et M. Baptiste, le travailleur social/coordonnateur de cas clinique de R.D., ont une obligation de diligence envers la famille de l'enfant que le tribunal leur a enjoint de traiter. Comme une telle obligation n'a jamais été reconnue auparavant, pour répondre à la question il faut se tourner vers la jurisprudence de la Cour portant sur la reconnaissance de nouvelles obligations de diligence.

C'est de l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), que la Cour a tiré l'instrument d'analyse qui permet de déterminer s'il existe une obligation de diligence et qu'elle a adopté dans *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, puis mis au point dans *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79. Elle l'a ensuite confirmé dans *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80, et *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643, 2006 CSC 18.

Pour déterminer s'il existe à première vue une obligation de diligence, nous devons examiner les facteurs de la prévisibilité raisonnable et du lien de proximité. Si l'examen de ces facteurs amène à la conclusion à première vue que la relation en cause appelle une obligation de diligence, il reste à se demander si d'autres raisons d'intérêt général justifient néanmoins qu'on ne l'impose pas.

Le fondement de la « prévisibilité raisonnable » est qu'[TRADUCTION] « il faut agir avec diligence raisonnable pour éviter des actes ou omissions dont on peut raisonnablement prévoir qu'ils sont

neighbour" (*Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), *per* Lord Atkin, at p. 580). The question is whether the person harmed was "so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected" (*ibid.*).

susceptibles de léser son prochain » (*Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), lord Atkin, p. 580). Il faut se demander si les personnes lésées étaient [TRADUCTION] « touchées de si près et si directement par mon acte que je devrais raisonnablement prévoir qu'elles seraient ainsi touchées lorsque je songe aux actes ou omissions qui sont mis en question » (*ibid.*).

There must also be a relationship of sufficient proximity between the plaintiff and defendant. The purpose of this aspect of the analysis was explained by Allen Linden and Bruce Feldthusen in *Canadian Tort Law* (8th ed. 2006) as being to decide "whether, despite the reasonable foresight of harm, it is unjust or unfair to hold the defendant subject to a duty because of the absence of any relationship of proximity between the plaintiff and the defendant" (p. 304).

26 Il doit également exister un lien de proximité suffisamment étroit entre le demandeur et le défendeur. Allen Linden et Bruce Feldthusen expliquent dans *Canadian Tort Law* (8e éd. 2006) que ce volet de l'analyse vise à déterminer [TRADUCTION] « si, malgré la prévisibilité raisonnable du préjudice, il est injuste ou inéquitable d'assujettir le défendeur à une obligation, en raison de l'absence de tout lien de proximité entre le demandeur et le défendeur » (p. 304).

When the relationship occurs in the context of a statutory scheme, the governing statute is a relevant context for assessing the sufficiency of the proximity between the parties (*Cooper*, at para. 43; *Edwards*, at para. 9). As this Court said in *Edwards*: "Factors giving rise to proximity must be grounded in the governing statute when there is one" (para. 9).

27 Lorsque le lien découle d'un régime législatif, la loi applicable est pertinente pour établir si la relation entre les parties est suffisamment étroite (*Cooper*, par. 43; *Edwards*, par. 9). Comme la Cour l'a indiqué dans *Edwards* : « Les facteurs donnant lieu à l'existence d'un lien étroit doivent être fondés sur la loi applicable le cas échéant » (par. 9).

Where an alleged duty of care is found to conflict with an overarching statutory or public duty, this may constitute a compelling policy reason for refusing to find proximity (*Cooper*, at para. 44; *Edwards*, at para. 6). Such a conflict exists where the imposition of the proposed duty of care would prevent the defendant from effectively discharging its statutory duties. In *Cooper*, for example, a duty to individual investors on the part of the Registrar of Mortgage Brokers was rejected because it was found to "potentially conflict with the Registrar's overarching duty to the public" (para. 44). Similarly, in *Edwards* a private law duty of care on the part of the Law Society to the victim of a dishonest lawyer was rejected at the proximity stage since "[d]ecisions made by the Law Society require the exercise of legislatively delegated discretion and involve pursuing a myriad of objectives consistent with public rather than private law duties" (para.

28 Un conflit entre l'obligation de diligence revendiquée et une obligation primordiale de nature publique ou imposée par la loi peut constituer une raison de principe impérieuse pour refuser de conclure à la proximité (*Cooper*, par. 44; *Edwards*, par. 6). Un tel conflit existe lorsque l'obligation de diligence proposée empêcherait le défendeur de bien s'acquitter de ses obligations légales. Dans *Cooper*, par exemple, la Cour a jugé que le registrateur des courtiers en hypothèques n'avait pas d'obligation envers les investisseurs individuellement parce qu'elle serait « susceptible d'aller à l'encontre de l'obligation qu'il a à l'égard des intérêts supérieurs du public » (par. 44). De même, dans *Edwards*, à l'étape de l'analyse de la proximité, la Cour a conclu que le Barreau n'avait pas d'obligation de diligence de droit privé envers la victime d'un avocat malhonnête parce que « [l]es décisions prises par le Barreau nécessitent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire délégué par

14). In both cases, the serious negative policy consequences of these conflicting duties were found to justify denying a finding of proximity.

29 A statutory immunity provision may also be relevant. In *Edwards* a statutory immunity provision was found to be indicative of the Legislature's intention to preclude compensation beyond the amount provided by the lawyers' professional indemnity insurance and fund for client compensation (paras. 16-17).

30 Depending on the circumstances of the case, the factors to be considered in the proximity analysis include the parties' expectations, representations and reliance (*Cooper*, at para. 34). There is no definitive list.

31 If a *prima facie* duty of care is found to exist based on reasonable foreseeability and proximity, it is still necessary for a court to submit this preliminary conclusion to an examination about whether there are any residual policy reasons which make the imposition of a duty of care unwise. As noted in *Cooper*, "the *Donoghue v. Stevenson* foreseeability-negligence test, no matter how it is phrased, conceals a balancing of interests. The quest for the right balance is in reality a quest for prudent policy" (para. 29).

32 This means, the Court recognized, that policy is relevant at both the "proximity" stage and the "residual policy concerns" stage of the *Anns* test. The difference is that under proximity, the relevant questions of policy relate to factors arising from the particular relationship between the plaintiff and the defendant. In contrast, residual policy considerations are concerned not so much with "the relationship between the parties, but with the effect of recognizing a duty of care on other legal

la loi et impliquent la poursuite de multiples objectifs correspondant à des fonctions d'ordre public plutôt que d'ordre privé » (par. 14). Dans les deux affaires, la Cour a jugé que les graves conséquences négatives du conflit d'obligations, sur le plan de l'intérêt public, justifiaient la conclusion à l'absence de lien de proximité.

L'existence d'une disposition législative prévoyant une immunité constitue également un facteur pertinent. La Cour a établi, dans *Edwards*, qu'une telle disposition indiquait l'intention du législateur d'interdire un dédommagement dépassant le montant prévu par l'assurance responsabilité professionnelle des avocats et le fonds d'indemnisation des clients des avocats (par. 16-17).

Selon les circonstances en cause, les facteurs à examiner dans toute analyse relative à la proximité comprennent les attentes des parties, leurs déclarations et les liens de confiance (*Cooper*, par. 34), mais il n'existe pas de liste définitive.

Si l'analyse de la prévisibilité raisonnable et du lien de proximité amène à la conclusion qu'il existe à première vue une obligation de diligence, il s'agit d'une conclusion préliminaire qui doit être suivie d'un examen consistant à se demander si des considérations de politique générale résiduelles font en sorte qu'il ne serait pas judicieux d'imposer une telle obligation. Comme la Cour l'a indiqué dans *Cooper*, « peu importe sa formulation, le critère de prévisibilité-négligence de l'arrêt *Donoghue c. Stevenson* occulte une pondération d'intérêts. La recherche de l'équilibre constitue en réalité la recherche d'une politique de prudence » (par. 29).

Cela signifie, comme l'a reconnu la Cour, que l'intérêt général est pertinent tant à l'étape de l'analyse relative à la « proximité » qu'à celle de l'examen des « considérations de politique générale résiduelles » du critère énoncé dans *Anns*. La différence tient à ce qu'à l'étape de la proximité les questions pertinentes d'intérêt général se rapportent à des facteurs découlant du lien qui existe entre le demandeur et le défendeur, tandis que les considérations de politique générale résiduelles ne

obligations, the legal system and society more generally" (*Cooper*, at para. 37).

The possibility of some blending of policy considerations was noted by McLachlin C.J. and Major J. in *Cooper*:

> Provided the proper balancing of the factors relevant to a duty of care are considered, it may not matter, so far as a particular case is concerned, at which "stage" [policy is considered]. The underlying question is whether a duty of care should be imposed, taking into account all relevant factors disclosed by the circumstances. [para. 27]

Accordingly, in order to establish that the Syl Apps Secure Treatment Centre and Mr. Baptiste owed the family of R.D. a duty of care, (1) the harm complained of must have been reasonably foreseeable, (2) there must have been sufficient proximity between them and the family such that it would be fair and just to impose a duty of care, and (3) there must be no residual policy reasons for declining to impose such a duty.

Applying the Test

The first question is whether it was reasonably foreseeable that the actions of the treatment centre and Mr. Baptiste would harm the family. That requires asking, to paraphrase Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*, whether the Syl Apps Secure Treatment Centre and Mr. Baptiste ought to have taken reasonable care to avoid acts or omissions which they could reasonably foresee would be likely to injure R.D.'s family.

This is a complicated question in the child protection context, as the statement of claim in this case demonstrates. The "misconduct" the family alleges is the treatment given to the child, and the "harm" complained of was that the child was not reintegrated into her family. Neither treatment nor its outcome is ever predictable, especially in the case of children found to be in need of protection, where there is more hope than foreseeability. This branch

portent pas tant sur « le lien existant entre les parties » que sur « l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général » (*Cooper*, par. 37).

33 Dans *Cooper*, la Juge en chef et le juge Major ont signalé la possibilité d'une certaine interpénétration des considérations de politique générale :

> S'il y a une pondération convenable des facteurs pertinents en matière d'obligation de diligence, il se peut que l'« étape » à laquelle a lieu [l'examen de la politique] soit sans importance dans une affaire donnée. La question sous-jacente est de savoir si on devrait imposer une obligation de diligence à la lumière de l'ensemble des facteurs pertinents révélés par les faits. [par. 27]

34 Par conséquent, pour établir que le Syl Apps Secure Treatment Centre et M. Baptiste ont une obligation de diligence envers la famille de R.D., il faut (1) que le préjudice reproché soit raisonnablement prévisible, (2) qu'il y ait eu entre eux et la famille un lien de proximité suffisamment étroit pour qu'il soit juste et équitable de leur imposer une obligation de diligence et (3) qu'il n'existe aucune considération de politique générale résiduelle justifiant la non-imposition d'une telle obligation.

Application du critère

35 Il faut d'abord déterminer s'il était raisonnablement prévisible que les actions du centre de traitement et de M. Baptiste causent du tort à la famille et, pour cela, on doit se demander, pour paraphraser lord Atkin dans *Donoghue c. Stevenson*, s'ils auraient dû agir avec diligence raisonnable pour éviter des actes ou omissions dont ils pouvaient raisonnablement prévoir qu'ils étaient susceptibles de léser la famille de R.D.

36 Dans le contexte de la protection des enfants, il s'agit d'une question complexe, comme en témoigne la déclaration en l'espèce. La « faute » alléguée est le traitement prodigué à l'enfant, et le « préjudice » reproché, la non-réintégration de l'enfant dans sa famille. On ne peut jamais rien prédire d'un traitement ou de son résultat, surtout s'il s'agit d'enfants déclarés enfants ayant besoin de protection, pour lesquels on peut davantage parler d'espoir que

of the test need not, however, be further explored since, as found by the Court of Appeal and accepted by the parties in their arguments before this Court, reasonable foreseeability is not disputed.

37 Even if "harm" to the family was reasonably foreseeable, the analysis stalls at the proximity stage. The family asserts that its expectations and reliance on the defendants are based on the *Child and Family Services Act* and the court orders. It argued that because ss. 1 and 37(3)5-7 of the Act include a recognition of the importance of the family and of the integrity of the family unit, a relationship of proximity should be found. An examination of the statute contradicts this assertion.

38 The governing statute is the *Child and Family Services Act*. Section 1 outlines its purposes. In language similar to the wording when R.D. was apprehended, s. 1 now states, in part:

1. (1) The paramount purpose of this Act is to promote the best interests, protection and well being of children.

(2) The additional purposes of this Act, so long as they are consistent with the best interests, protection and well being of children, are:

1. To recognize that while parents may need help in caring for their children, that help should give support to the autonomy and integrity of the family unit and, wherever possible, be provided on the basis of mutual consent.

2. To recognize that the least disruptive course of action that is available and is appropriate in a particular case to help a child should be considered.

3. To recognize that children's services should be provided in a manner that,

   i. respects a child's need for continuity of care and for stable relationships within a family and cultural environment,

. . .

de prévisibilité. Toutefois, il n'est pas nécessaire de s'attarder à ce volet du critère car, comme la Cour d'appel l'a établi et les parties l'ont reconnu devant nous, la prévisibilité raisonnable n'est pas contestée.

Même s'il était raisonnablement prévisible que la famille subira un « préjudice », c'est à l'étape de la proximité que l'analyse s'enraye. La famille affirme que ses attentes et sa confiance à l'égard des défendeurs découlent de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* et des ordonnances judiciaires. Elle soutient que, l'importance de la famille et de l'intégrité de la cellule familiale étant reconnues à l'art. 1 et aux dispositions 5 à 7 du par. 37(3) de la Loi, il y a lieu de conclure à l'existence d'un lien de proximité. L'examen de la loi contredit cet argument.

La loi applicable est la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*. Son objet est énoncé à l'art. 1, dont le libellé actuel, reproduit en partie ci-après, est semblable au libellé en vigueur lorsque R.D. a été appréhendée.

1. (1) L'objet primordial de la présente loi est de promouvoir l'intérêt véritable de l'enfant, sa protection et son bien-être.

(2) Dans la mesure où ils sont compatibles avec l'intérêt véritable de l'enfant, sa protection et son bien-être, les objets additionnels de la présente loi sont les suivants :

1. Reconnaître que même si les parents peuvent avoir besoin d'aide pour s'occuper de leurs enfants, cette aide devrait favoriser l'autonomie et l'intégrité de la cellule familiale et, dans la mesure du possible, être accordée par consentement mutuel.

2. Reconnaître que devrait être envisagé le plan d'action le moins perturbateur qui est disponible et qui convient dans un cas particulier pour aider un enfant.

3. Reconnaître que les services à l'enfance devraient être fournis d'une façon qui, à la fois :

   i. respecte les besoins de l'enfant en ce qui concerne la continuité des soins et des relations stables au sein d'une famille et d'un environnement culturel,

. . .

Section 37(3) of the Act recounts the factors courts are to consider when making an order in the best interests of a child. These factors too are almost identical to those in force at the time of R.D.'s apprehension. The particular factors her family relies on, paras. 5-7, are emphasized for convenience:

37. . . .

(3) Where a person is directed in this Part to make an order or determination in the best interests of a child, the person shall take into consideration those of the following circumstances of the case that he or she considers relevant:

1. The child's physical, mental and emotional needs, and the appropriate care or treatment to meet those needs.
2. The child's physical, mental and emotional level of development.
3. The child's cultural background.
4. The religious faith, if any, in which the child is being raised.
5. **The importance for the child's development of a positive relationship with a parent and a secure place as a member of a family.**
6. **The child's relationships and emotional ties to a parent, sibling, relative, other member of the child's extended family or member of the child's community.**
7. **The importance of continuity in the child's care and the possible effect on the child of disruption of that continuity.**
8. The merits of a plan for the child's care proposed by a society, including a proposal that the child be placed for adoption or adopted, compared with the merits of the child remaining with or returning to a parent.
9. The child's views and wishes, if they can be reasonably ascertained.
10. The effects on the child of delay in the disposition of the case.

39

Le paragraphe 37(3) de la Loi énumère les facteurs que les tribunaux doivent prendre en compte lorsqu'ils rendent une ordonnance dans l'intérêt véritable de l'enfant. Ces facteurs sont aussi presque identiques à ceux en vigueur à la date de l'appréhension de R.D. La famille invoque les facteurs énoncés aux dispositions 5 à 7, qui figurent en caractères gras ci-après :

37. . . .

(3) La personne tenue, en application de la présente partie, de rendre une ordonnance ou de prendre une décision dans l'intérêt véritable de l'enfant, étudie les circonstances suivantes qu'elle juge pertinentes :

1. Les besoins physiques, mentaux et affectifs de l'enfant et les soins ou le traitement qui conviennent pour répondre à ces besoins.
2. Le niveau de développement physique, mental et affectif de l'enfant.
3. L'héritage culturel de l'enfant.
4. La croyance religieuse de l'enfant, s'il en est, dans laquelle il est élevé.
5. **L'importance, en ce qui concerne le développement de l'enfant, d'une relation positive avec son père ou sa mère et d'une place sûre en tant que membre d'une famille.**
6. **Les relations et les liens affectifs de l'enfant avec son père ou sa mère, son frère ou sa sœur, un parent, un autre membre de sa famille élargie ou un membre de sa communauté.**
7. **L'importance de la continuité en ce qui concerne les soins à fournir à l'enfant, et les conséquences que peut avoir sur lui une interruption.**
8. Les avantages du programme que propose la société concernant les soins à fournir à l'enfant, y compris la proposition que l'enfant soit placé en vue de son adoption ou adopté, comparativement à la solution visant à laisser ou à retourner l'enfant chez son père ou sa mère.
9. Le point de vue et les désirs de l'enfant si ceux-ci peuvent être raisonnablement déterminés.
10. Les conséquences sur l'enfant de tout retard relativement à la solution du cas.

11. The risk that the child may suffer harm through being removed from, kept away from, returned to or allowed to remain in the care of a parent.

12. The degree of risk, if any, that justified the finding that the child is in need of protection.

13. Any other relevant circumstance.

40 The family also relied on the obligations of service providers under s. 2(2) of the Act to ensure that children and their parents are heard and represented. These are, however, essentially procedural rights and cannot ground proximity.

41 The deciding factor for me, as in *Cooper* and *Edwards*, is the potential for conflicting duties: imposing a duty of care on the relationship between the family of a child in care and that child's court-ordered service providers creates a genuine potential for "serious and significant" conflict with the service providers' transcendent statutory duty to promote the best interests, protection and well-being of the children in their care.

42 When a child is placed in the care of the Children's Aid Society, or if Crown wardship is ordered, the Act gives the Children's Aid Society or Crown "the rights and responsibilities of a parent for the purpose of the child's care, custody and control" (s. 63(1)). This creates an inherently adversarial relationship between parents and the state.

43 It is true that treating a child in need of protection can sometimes be done in a way that meets with the family's satisfaction in the long term. But it is not the family's satisfaction in the long term to which the statute gives primacy, it is the child's best interests. The fact that the interests of the parents and of the child may occasionally align does not diminish the concern that in many, if not most of the cases, conflict is inevitable.

11. Le danger que l'enfant subisse un préjudice s'il ne vit plus avec son père ou sa mère, s'il est tenu éloigné de lui ou d'elle, s'il retourne vivre avec lui ou avec elle, ou s'il continue de vivre avec lui ou avec elle.

12. Le degré de risque, s'il en est, qui a justifié la constatation selon laquelle l'enfant a besoin de protection.

13. D'autres circonstances pertinentes.

La famille a aussi invoqué le devoir des fournisseurs de services, prévu au par. 2(2), de veiller à ce que les enfants et leurs parents soient entendus et représentés. Toutefois, il s'agit là de droits essentiellement procéduraux, qui ne peuvent fonder un lien de proximité.

À mon avis, le facteur déterminant ici, comme dans *Cooper* et *Edwards*, est le risque de conflit d'obligations. En effet, en imposant une obligation de diligence fondée sur la relation entre la famille d'un enfant pris en charge et les fournisseurs de soins désignés par le tribunal pour cet enfant, on crée un risque réel de sérieux conflit avec le devoir transcendant que la loi impose aux fournisseurs de services de veiller à l'intérêt véritable, à la protection et au bien-être de l'enfant.

Si l'enfant est confié à la société d'aide à l'enfance ou s'il est déclaré pupille de la Couronne, la société d'aide à l'enfance ou la Couronne assume, aux termes de la Loi, « les droits et les responsabilités du père ou de la mère en ce qui concerne les soins à donner à l'enfant, sa garde et sa surveillance » (par. 63(1)). Il en résulte une relation intrinsèquement antagoniste entre les parents et l'État.

S'il est vrai qu'il est parfois possible de traiter un enfant ayant besoin de protection d'une façon qui satisfasse la famille à long terme, il reste que la loi donne primauté non pas à la satisfaction de la famille à long terme, mais à l'intérêt véritable de l'enfant. Ce n'est pas parce que les intérêts des parents et ceux de l'enfant peuvent parfois coïncider que le problème de l'inévitabilité du conflit qui se pose dans beaucoup de ces cas, voire la majorité, s'en trouve diminué.

The primacy of the best interests of the child over parental rights in the child protection context is an axiomatic proposition in the jurisprudence. As Daley J.F.C. observed in *Children's Aid Society of Halifax v. S.F.* (1992), 110 N.S.R. (2d) 159 (Fam. Ct.):

[Child welfare statutes] promot[e] the integrity of the family, but only in circumstances which will protect the child. When the child cannot be protected as outlined in the [Act] within the family, no matter how well meaning the family is, then, if its welfare requires it, the child is to be protected outside the family. [para. 5]

(See also *Children's Aid Society of Halifax v. C.M.N.* (1989), 91 N.S.R. (2d) 232 (Fam. Ct.), *per* Butler J.F.C., at paras. 34-36; *Children's Aid Society for the District of Ottawa-Carleton v. L.H.*, [1994] O.J. No. 2501 (QL) (Prov. Div.), *per* Guay Prov. Div. J., at para. 38; *Children's Aid Society of Ottawa - Carleton v. D.L.*, [1995] O.J. No. 693 (QL) (Prov. Div.), *per* Linhares de Sousa Prov. Div. J., at para. 69; *F. (B.) v. Children's Aid Society of Kingston (City)*, 1995 CarswellOnt 2154 (Prov. Div.), *per* Dunbar Prov. Div. J., at para. 13; *Children's Aid Society of Brockville Leeds & Grenville v. C.*, 2001 CarswellOnt 1504 (S.C.J.), *per* Ratushny J., at para. 15; *Children's Aid Society of Hamilton-Wentworth v. R. (K.)*, 2003 CarswellOnt 2929 (S.C.J.), *per* Scime J., at para. 44; *Family Youth and Child Services of Muskoka v. N.C.*, [2004] O.J. No. 1733 (QL) (S.C.J.), *per* Glass J., at para. 28; and *A.N. v. Saskatchewan (Minister of Social Services)* (1988), 68 Sask. R. 24 (Q.B.).)

This Court has confirmed that pursuing and protecting the best interests of the child must take precedence over the wishes of a parent (*King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. L. (M.)*, [1998] 2 S.C.R. 534). It also directed in *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165, that in child welfare legislation the "integrity of the family unit" should be interpreted not as strengthening parental rights, but as "fostering the best interests of children" (p. 191). L'Heureux-Dubé J. cautioned at p. 191 that "the value of maintaining a family unit intact [must be]

La primauté de l'intérêt de l'enfant sur les droits parentaux pour ce qui est de la protection de l'enfant a valeur d'axiome dans la jurisprudence. Comme l'a fait observer le juge Daley dans *Children's Aid Society of Halifax c. S.F.* (1992), 110 N.S.R. (2d) 159 (Trib. fam.) : 44

[TRADUCTION] Les lois relatives au bien-être des enfants favorisent l'intégrité de la famille, mais uniquement dans des circonstances où l'enfant sera protégé. Lorsque la protection prévue par la Loi ne peut être assurée au sein de sa famille, quelque bien intentionnée que soit celle-ci, l'enfant devra être protégé hors du cadre familial. [par. 5]

(Voir aussi *Children's Aid Society of Halifax c. C.M.N.* (1989), 91 N.S.R. (2d) 232 (Trib. fam.), le juge Butler, par. 34-36; *Children's Aid Society for the District of Ottawa-Carleton c. L.H.*, [1994] O.J. No. 2501 (QL) (Div. prov.), le juge Guay, par. 38; *Children's Aid Society of Ottawa - Carleton c. D.L.*, [1995] O.J. No. 693 (QL) (Div. prov.), le juge Linhares de Sousa, par. 69; *F. (B.) c. Children's Aid Society of Kingston (City)*, 1995 CarswellOnt 2154 (Div. prov.), le juge Dunbar, par. 13; *Children's Aid Society of Brockville Leeds & Grenville c. C.*, 2001 CarswellOnt 1504 (C.S.J.), le juge Ratushny, par. 15; *Children's Aid Society of Hamilton-Wentworth c. R. (K.)*, 2003 CarswellOnt 2929 (C.S.J.), le juge Scime, par. 44; *Family Youth and Child Services of Muskoka c. N.C.*, [2004] O.J. No. 1733 (QL) (C.S.J.), le juge Glass, par. 28; *A.N. c. Saskatchewan (Minister of Social Services)* (1988), 68 Sask. R. 24 (B.R.).)

La Cour a confirmé que les souhaits des parents doivent céder le pas devant la recherche et la protection de l'intérêt de l'enfant (*King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L. (M.)*, [1998] 2 R.C.S. 534). Elle a aussi ordonné dans *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, que l'« intégrité de la cellule familiale » envisagée par la législation en matière de protection de l'enfance soit interprétée non pas en vue du renforcement des droits des parents, mais en vue de « favoriser l'intérêt véritable des enfants » (p. 191). La juge L'Heureux-Dubé 45

evaluated in contemplation of what is best for the child, rather than for the parent".

46 It is true that ss. 1 and 37(3) of the Act make reference to the family, but nothing in them detracts from the Act's overall and determinative emphasis on the protection and promotion of the child's best interests, not those of the family. The statutory references to parents and family in the Act, which the family seeks to rely on to ground proximity, are not stand-alone principles, but fall instead under the overarching umbrella of the best interests of the child. Those provisions are there to protect and further the interests of the child, not of the parents and therefore, in my view, cannot be relied upon for finding a relationship of sufficient proximity. As explained by Professor Nicholas Bala:

> [L]eading Canadian precedents, federal and provincial statutes and international treaties are all premised on the principle that decisions about children should be based on an assessment of their best interests. This is a central concept for those who are involved making decisions about children, not only for judges and lawyers, but for also assessors and mediators.
>
> (N. Bala, "The Best Interests of the Child in the Post-Modernist Era: A Central but Illusive and Limited Concept", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2000: Family Law* (1999), 3.1, at p. 3.1)

47 Similarly, as Joseph Goldstein et al. noted in *The Best Interests of the Child: The Least Detrimental Alternative* (1996), at p. 88:

> [o]nce justification for state intervention has been established, the child's well-being — not the parents', the family's, or the child care agency's — must be determinative. . . . That conviction is expressed in our preference for *making a child's interests paramount* once her care has become a legitimate matter for the state to decide. [Emphasis in original.]

48 The factors in s. 37(3), for that reason, are the servants of the paramount duty in s. 1 to protect

a souligné que « la valeur que comporte le maintien de la cellule familiale est fonction de ce qui est le mieux pour l'enfant plutôt que pour les parents » (p. 191).

Il est vrai l'art. 1 et le par. 37(3) de la Loi font état de la famille, mais rien dans ces dispositions ne diminue la prépondérance générale et déterminante que la Loi accorde à la protection et à la promotion de l'intérêt véritable de l'enfant, non celui de la famille. Les dispositions de la Loi mentionnant les parents et la famille, que celle-ci invoque comme fondement du lien de proximité, ne sont pas indépendantes du reste de la Loi mais se rapportent à son objet général, qui est l'intérêt véritable de l'enfant. Elles sont là pour protéger et favoriser l'intérêt véritable de l'enfant, non celui des parents, et ne sauraient donc, à mon avis, fonder un lien de proximité suffisamment étroit. Comme l'a expliqué le professeur Nicholas Bala :

> [TRADUCTION] [L]es arrêts de principe canadiens, les lois fédérales et provinciales et les traités internationaux posent tous comme principe que les décisions concernant les enfants doivent se fonder sur l'évaluation de leur intérêt véritable. Il s'agit là d'un concept fondamental pour ceux qui prennent part à un processus décisionnel visant un enfant, non seulement les juges et les avocats, mais également les évaluateurs et les médiateurs.
>
> (N. Bala, « The Best Interests of the Child in the Post-Modernist Era : A Central but Illusive and Limited Concept », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2000 : Family Law* (1999), 3.1, p. 3.1)

De même, comme Joseph Goldstein et autres l'ont souligné dans *The Best Interests of the Child : The Least Detrimental Alternative* (1996), p. 88 :

> [TRADUCTION] [l]orsqu'il a été établi que l'intervention de l'État est justifiée, ce qui devient déterminant, c'est le bien-être de l'enfant, non celui des parents, de la famille ou de l'organisme d'aide à l'enfance [. . .] Cette conviction s'exprime dans notre choix de *faire primer l'intérêt de l'enfant* une fois que l'État a de bonnes raisons pour prendre des décisions sur les soins à lui prodiguer. [En italique dans l'original.]

Ainsi, les facteurs énumérés au par. 37(3) sont fonction de l'obligation prépondérante énoncée à

the best interests of an apprehended child. This is reinforced in s. 1(2) which states, in essence, that family and parental relationships are to be recognized only to the extent that they are "consistent with the best interests, protection and well being of children".

To impose a duty of care towards the child's family on a treatment centre and its social workers in this context creates a potential conflict with their ability effectively to discharge their statutory duties. A child in care generally involves "situations in which the care parents provide is considered so inadequate that direct interference by the state is justified to protect children . . . [S]tate interference through removal of a child from parental care will only be justified if it is proven that there is a significant risk to the child" (N. Bala, "Child Welfare Law in Canada: An Introduction", in N. Bala et al., eds., *Canadian Child Welfare Law* (2nd ed. 2004), 1, at pp. 1-2). The finding that R.D. was a child in need of protection, for example, was made pursuant to s. 37(2)(f) and (h) of the Act. According to the wording of the Act when the order was made, such a finding meant that "the child's parent or the person having charge of the child does not provide, or refuses or is unavailable or unable to consent to, services or treatment to remedy or alleviate" the harm or condition in question.

If a corresponding duty is also imposed with respect to the parents, service providers will be torn between the child's interests on the one hand, and parental expectations which may be unrealistic, unreasonable or unrealizable on the other. This tension creates the potential for a chilling effect on social workers, who may hesitate to act in pursuit of the child's best interests for fear that their approach could attract criticism — and litigation — from the family. They should not have to weigh what is best for the child on the scale with what would make the family happiest, finding themselves choosing between aggressive protection of the child and a lawsuit from the family.

l'art. 1 de protéger l'intérêt véritable des enfants appréhendés, ce que le par. 1(2) confirme en énonçant essentiellement que la famille et la relation parent-enfant ne sont reconnues que dans la mesure où elles sont « compatibles avec l'intérêt véritable de l'enfant, sa protection et son bien-être ».

49 Dans ce contexte, l'imposition à un centre de traitement et à ses travailleurs sociaux d'une obligation de diligence envers la famille de l'enfant risque de créer un conflit avec leur capacité de bien s'acquitter de leurs obligations légales. Un enfant est généralement pris en charge [TRADUCTION] « si les soins donnés par les parents sont jugés inadéquats au point que l'État est en droit d'intervenir directement pour protéger les enfants [. . .] L'intervention de l'État par le retrait de l'enfant à ses parents ne sera justifiée que sur la preuve que l'enfant court un grand danger » (N. Bala, « Child Welfare Law in Canada : An Introduction », dans N. Bala et autres, dir., *Canadian Child Welfare Law* (2e éd. 2004), 1, p. 1-2). C'est, par exemple, en application des al. 37(2)f) et h) de la Loi que R.D. a été déclarée enfant ayant besoin de protection. Selon le texte de la Loi alors en vigueur, une telle conclusion signifie que « son père ou sa mère ou la personne qui en est responsable ne fournit pas des services ou un traitement afin de remédier [aux maux en cause] ou de les soulager, refuse ou n'est pas en mesure de donner son consentement à ce traitement ou ces services, ou n'est pas disponible pour ce faire ».

50 Si les fournisseurs de services sont aussi tenus à une obligation corrélative envers les parents, ils seront déchirés entre l'intérêt de l'enfant et les attentes des parents, lesquelles peuvent être irréalistes, déraisonnables ou impossibles à réaliser. Cette tension risque d'avoir un effet paralysant sur les travailleurs sociaux, qui peuvent hésiter à agir dans l'intérêt véritable de l'enfant de peur d'être la cible de critiques — et de poursuites — de la part de la famille. Ces travailleurs ne devraient pas avoir à mettre en balance ce qui est le mieux pour l'enfant et ce qui répond le mieux aux souhaits de la famille et à choisir entre la protection énergique de l'enfant et le risque d'être poursuivi par la famille.

51 I appreciate that the family of a child in care would, understandably, generally wish for the return of the child. But that cannot always be accommodated. The statutory scheme, in s. 37(3)9, directs that in assessing the child's best interests, the views and wishes of the child be taken into account, not those of the family. That does not mean that those views are irrelevant, it means that the statute envisages that in the case of a child in need of protection, the family's views and wishes are entitled to less deference than the child's best interests.

52 Even where the goal is the eventual return of the child, it may not always be possible. Neither the treatment centre nor Mr. Baptiste, for example, could have anticipated what the effect of their treatment of R.D. would be on her family, nor, in my view, should they necessarily have had the family in their sights. Their efforts would, by law, have had to be directed at addressing R.D.'s emotional fragility, not that of her family. Treating a child in distress may or may not result in returning her to the family, but the fact that she does not return may well represent the result of successful treatment, not misconduct or negligence.

53 If the choice is between the best interests of the child and the family's wishes, there is, by statute, no choice. As noted by Sharpe J.A., "once there has been a judicial finding that the child is in need of protection and must be removed from the custody of the parents, those responsible for caring for and treating the child must place the child's interests ahead of those of the parents" (para. 75). To impose a duty of care on secure treatment centres and their employees towards both children *and* parents would interfere with their ability to fulfill this paramount duty to the children.

54 There is, in addition to the other possibilities for undermining the statutory duty to keep the child's interests uppermost, another potential conflict. The Syl Apps Secure Treatment Centre and Mr. Baptiste are providing services to R.D. in a

Je suis bien consciente qu'en général la famille d'un enfant pris en charge souhaite naturellement son retour, mais il n'est pas toujours possible de réaliser ce souhait. Le législateur a prévu, à la disposition 9 du par. 37(3), que le point de vue et les désirs de l'enfant, et non ceux de la famille, entrent en ligne de compte dans l'évaluation de l'intérêt véritable de l'enfant. Cela veut dire non pas que le point de vue de la famille n'est pas pertinent, mais plutôt que, dans le cas d'un enfant ayant besoin de protection, le point de vue et les désirs de ce dernier ont plus de poids que ceux de la famille.

Même lorsque l'objectif est de retourner éventuellement l'enfant dans sa famille, le retour n'est pas toujours possible. Ni le centre de traitement ni M. Baptiste ne pouvaient, par exemple, prévoir l'effet que le traitement de R.D. aurait sur sa famille et, à mon avis, ils n'avaient pas nécessairement à se préoccuper de la famille. Légalement, leurs efforts devaient porter sur la fragilité émotionnelle de R.D. non celle de sa famille. Le traitement d'un enfant en détresse peut ou non déboucher sur son retour dans sa famille, mais l'absence de retour peut fort bien être le signe d'un traitement réussi, non d'une faute ou d'une négligence.

S'il s'agit de choisir entre l'intérêt véritable de l'enfant et les vœux de la famille, la loi ne laisse pas le choix. Comme le juge Sharpe l'a indiqué, [TRADUCTION] « lorsqu'un tribunal déclare qu'un enfant a besoin de protection et qu'il faut le retirer de la garde de ses parents, ceux qui assument alors la responsabilité de s'en occuper et de le traiter doivent placer l'intérêt de l'enfant avant celui des parents » (par. 75). En assujettissant les établissements de soins en milieu fermé et leurs employés à une obligation de diligence envers les enfants *et* les parents, on compromettrait leur capacité de s'acquitter de leur obligation prépondérante envers les enfants.

Un autre risque de conflit s'ajoute aux possibilités d'affaiblissement de l'obligation légale de donner la primauté à l'intérêt de l'enfant. Le Syl Apps Secure Treatment Centre et M. Baptiste prodiguent des soins à R.D. dans un contexte de

treatment context, a context that invokes medical paradigms of confidentiality and privacy. Numerous courts have recognized that a doctor does not owe a duty of care to the parent of his or her patient because that would create a situation of conflicting duties of care. In *M. v. Newham London Borough Council*, [1994] 2 W.L.R. 554 (Eng. C.A.), a mother's claim against her child's treating psychiatrist where the child had been apprehended by the local authority, was dismissed on the ground that the psychiatrist did not owe a duty of care to the mother. Sir Thomas Bingham M.R. explained:

> [T]he mother was not in any meaningful sense the psychiatrist's patient. The psychiatrist's duty was to act in the interests of the child, and that might very well mean acting in a way that would be adverse to the personal interests of the mother; she was concerned with those interests only to the extent that they could have an impact on the interests of the child. In this situation of potential conflict, I do not think the psychiatrist can arguably be said to have owed a duty of care to the mother . . . . [Emphasis added; p. 574.]

(See also *Sullivan v. Moody* (2001), 207 C.L.R. 562, [2001] HCA 59.)

Similarly, in *Gardner v. Rusch* (1999), 179 D.L.R. (4th) 336, the British Columbia Supreme Court struck a claim against a counsellor brought by a family of a patient who alleged that her family had sexually abused her. Beames J. indicated that if the counsellor owed a duty of care to the family in that case it "would put [the counsellor] in direct conflict with his primary duty which he clearly owed to his patient" (para. 17). And in *P.S. v. Batth*, [1997] O.J. No. 4089 (QL) (Gen. Div.), Molloy J. refused to find that a doctor owed a duty of care to the parents of a child who complained of sexual abuse since "it is to that patient that she owed a duty of care" and "there can be no duty of care owed to the plaintiff" since it would be contrary to the doctor's professional obligation to protect the best interest of the child (para. 6).

traitement, contexte qui fait intervenir les modèles médicaux de confidentialité et de protection de la vie privée. Il a été maintes fois reconnu en jurisprudence qu'un médecin n'a pas d'obligation de diligence envers le père ou la mère d'un patient, car il se trouverait alors devant des obligations conflictuelles. Dans *M. c. Newham London Borough Council*, [1994] 2 W.L.R. 554 (C.A. Angl.), le tribunal a rejeté la poursuite d'une mère contre la psychiatre qui traitait sa fille — appréhendée par les autorités locales — jugeant que la psychiatre n'était pas tenue à une obligation de diligence envers la mère de son patient. Le maître des rôles Thomas Bingham explique :

> [TRADUCTION] [L]a mère n'était pas, au vrai sens du terme, la patiente de la psychiatre. Celle-ci avait l'obligation d'agir dans l'intérêt de l'enfant et il se pouvait fort bien que, ce faisant, elle aille à l'encontre de l'intérêt personnel de la mère. Elle se préoccupait de l'intérêt de la mère uniquement dans la mesure où il avait un impact sur celui de l'enfant. Dans cette situation de conflit potentiel, on ne pouvait prétendre, à mon avis, que la psychiatre avait une obligation de diligence envers la mère. . . [Je souligne; p. 574.]

(Voir aussi *Sullivan c. Moody* (2001), 207 C.L.R. 562, [2001] HCA 59.)

55 De même, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté, dans *Gardner c. Rusch* (1999), 179 D.L.R. (4th) 336, l'action intentée contre un thérapeute par la famille d'une patiente qui affirmait avoir été victime d'abus sexuel dans sa famille. La juge Beames a déclaré que l'imposition d'une obligation de diligence envers la famille en l'espèce [TRADUCTION] « placerait [le thérapeute] en conflit direct avec son obligation première, qui était clairement envers sa patiente » (par. 17). En outre, dans *P.S. c. Batth*, [1997] O.J. No. 4089 (QL) (Div. gén.), la juge Molloy s'est refusée à conclure qu'un médecin avait une obligation de diligence envers les parents d'une enfant ayant fait état d'abus sexuel, statuant que [TRADUCTION] « c'est envers cette patiente que ce médecin avait une obligation de diligence » et qu'« il ne saurait y avoir obligation de diligence envers le demandeur », car elle irait à l'encontre de l'obligation professionnelle du médecin de protéger l'intérêt véritable de l'enfant (par. 6).

56 Recognizing a duty to parents in this context could result in conflicting duties in the provision of medical treatment to children who have been removed from their parents' custody. In an environment like a secure treatment centre, different professionals, including doctors and social workers, may be involved in a child's therapeutic care. In the present case, both the social worker, Mr. Baptiste, and Dr. Meen were responsible for treating R.D. Mr. Baptiste was, in fact, appointed by Dr. Meen. It is very difficult to see how these professionals could all effectively work together if some of them owed a duty other than to the child/patient.

Dans ce contexte, si l'on reconnaissait l'existence d'une obligation envers les parents, le traitement médical d'enfants qui ont été retirés de la garde de leurs parents pourrait donner lieu à des obligations conflictuelles. Dans un établissement de soins en milieu fermé, divers professionnels, dont des médecins et des travailleurs sociaux, sont appelés à traiter un enfant. En l'espèce, le travailleur social, M. Baptiste, et le médecin, D[r] Meen, étaient chargés de traiter l'enfant. En fait, c'est le D[r] Meen qui avait désigné M. Baptiste. On peut difficilement concevoir comment ces professionnels pourraient travailler ensemble de façon efficace si certains d'entre eux avaient une obligation envers une personne autre que l'enfant/le patient.

57 Nor can the family rely on the court orders to ground proximity. Their claim is based, at least in part, on the premise that, contrary to the court orders, R.D. was never reintegrated into her family. Reintegration is not what the court ordered. The order of September 26, 1995, for example, provided that "[t]here will be a monthly meeting arranged between the Society, service providers or their representatives and parents" and that "[a]ttempts will be made during the period of Society Wardship to reintegrate the family where possible" (emphasis added). This is not an uncommon term given the ostensibly temporary nature of such orders.

La famille ne peut non plus invoquer les ordonnances judiciaires pour fonder l'existence d'une proximité. Sa revendication repose, du moins en partie, sur le fait que R.D. n'a jamais été réintégrée dans sa famille, contrairement aux ordonnances judiciaires. Or, le tribunal n'a pas ordonné la réintégration. L'ordonnance du 26 septembre 1995, par exemple, énonce que [TRADUCTION] « [l]a Société, les fournisseurs de services ou leurs représentants et les parents arrangeront une réunion mensuelle » et « pendant la tutelle par la société, il faut essayer dans la mesure du possible de réintégrer la pupille dans sa famille » (je souligne). Ce n'est pas là une modalité inhabituelle compte tenu de la nature visiblement temporaire de telles ordonnances.

58 There is, in any event, no tort for breach of a court order, which is effectively what the members of R.D.'s family appear to be seeking. The parents were present at every court hearing, expressed their positions, and, at each stage, the court, culminating in Crown Wardship, concluded that it was best for their adolescent daughter *not* to be returned to her parents. This did not represent a breach of anyone's duty to the family, it represented the fulfilment of the court's obligations, based on the evidence, to protect the child's best interests.

Quoi qu'il en soit, la faute pour contravention à une ordonnance judiciaire, que la famille de R.D. semble effectivement vouloir faire reconnaître, est inexistante. Les parents étaient présents à toutes les audiences judiciaires, ils ont exposé leur position et, à chaque étape, jusqu'à l'ordonnance finale de tutelle par la Couronne, le tribunal a conclu qu'il valait mieux pour leur fille adolescente qu'elle *ne* soit *pas* remise à ses parents. Cela constitue non pas un manquement de la part de quiconque à une obligation envers la famille, mais bien l'accomplissement de l'obligation du tribunal de veiller à l'intérêt véritable de l'enfant en fonction de la preuve dont il dispose.

The conclusion that there is no proximity is reinforced when one considers two additional reflections of legislative policy. The first is that the Act provides a remedy for families seeking to challenge the way their child is treated. If R.D.'s family felt that the Syl Apps Secure Treatment Centre and Mr. Baptiste were not abiding by the terms of the court order during the period of R.D.'s society wardship, the statute expressly gave them a remedy in addition to the right to appeal. At the time R.D. was in care, s. 64(4) and (7) of the Act provided that where a child was the subject of a society wardship order, a parent of the child could make an application for review of a child's status every six months. Section 64(8) further provided that if a major element of the plan for the child's care in the court order was not being carried out, an exception could be made to the six-month period restriction on status review applications.

59 Deux autres éléments indicatifs de la politique législative renforcent la conclusion de l'inexistence du lien de proximité. Le premier découle de ce que la Loi prévoit un recours pour les familles qui veulent contester la façon dont leur enfant est traité. Ainsi, si la famille de R.D. estimait que Syl Apps Secure Treatment Centre et M. Baptiste ne se conformaient pas aux prescriptions de l'ordonnance pendant la durée de la tutelle, elle pouvait se prévaloir de ce recours expressément prévu par la Loi en plus d'un droit d'appel. À l'époque où R.D. était prise en charge, les par. 64(4) et (7) de la Loi prévoyaient que le père ou la mère d'un enfant visé par une ordonnance de tutelle par la société pouvait demander la révision du statut de l'enfant tous les six mois. Le paragraphe 64(8) énonçait en outre que si un élément majeur du programme de soins à fournir à l'enfant n'était pas appliqué, il pouvait y avoir exception à la restriction de six mois.

Secondly, there is a clear legislative intent to protect those working in the child protection field from liability for the good faith exercise of their statutory duty. This is reflected in three statutory immunity provisions. Section 15(6) of the Act states that "[n]o action shall be instituted against an officer or employee of a [Children's Aid] society for an act done in good faith in the execution or intended execution of the person's duty or for an alleged neglect or default in the execution in good faith of the person's duty."

60 Deuxièmement, le législateur a clairement eu l'intention de protéger ceux qui travaillent dans le domaine de la protection de l'enfance contre la responsabilité pour les actes accomplis de bonne foi dans l'exécution des obligations que la loi leur impose. Trois dispositions d'immunité en témoignent. Le paragraphe 15(6) de la Loi stipule : « Est irrecevable l'action intentée contre le dirigeant ou l'employé d'une société [d'aide à l'enfance] en ce qui concerne un acte accompli de bonne foi dans l'exécution, ou l'exécution prévue, de ses fonctions, ou en ce qui concerne une négligence ou un défaut imputés relativement à l'exécution de bonne foi de ses fonctions. »

Section 4(3) of the *Ministry of Community and Social Services Act*, R.S.O. 1990, c. M.20, contains similar protection against personal liability for employees of the Ministry of Community and Social Services. At the relevant time, the Syl Apps Secure Treatment Centre was operated by the Ministry of Community and Social Services. Moreover, s. 142 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, states that "[a] person is not liable for any act done in good faith in accordance with an order or process of a court in Ontario."

61 Le paragraphe 4(3) de la *Loi sur le ministère des Services sociaux et communautaires*, L.R.O. 1990, ch. M.20, accorde aux employés du ministère une protection semblable contre la responsabilité civile. Or, à l'époque visée, le Syl Apps Secure Treatment Centre relevait du ministère des Services sociaux et communautaires. En outre, l'art. 142 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, prévoit : « Nul n'est responsable d'un acte accompli de bonne foi, conformément à une ordonnance ou à un acte de procédure émanant d'un tribunal de l'Ontario. »

62 These immunity provisions lend further support to the conclusion that there is no proximity in the relationship between the family of a child in care and those directed by a court to protect that child's best interests. There is, as a result, no basis for recognizing a *prima facie* duty of care towards the family on the part of the Syl Apps Secure Treatment Centre or Mr. Baptiste.

63 Although this conclusion makes further assessment unnecessary, another policy consideration confirms that imposing a legal duty of care on the service providers towards the family members of apprehended children would be unwise. Recognizing such a duty in this context would create the possibility of parallel proceedings, which could lead to a relitigation of matters already determined at the child protection hearing. This would undermine the child protection scheme, result in unnecessary public expense, and inhibit child protection workers from strategies promoting a child's best interests for fear of subsequent litigation. It is difficult to see how any of these potential consequences are in the interests of the legal system or of the public.

64 Child protection work is difficult, painful and complex. Catering to a child's best interests in this context means catering to a vulnerable group at its most vulnerable. Those who do it, do so knowing that protecting the child's interests often means doing so at the expense of the rest of the family. Yet their statutory mandate is to treat the child's interests as paramount. They must be free to execute this mandate to the fullest extent possible. The result they seek is to restore the child, not the family. Where the duties to the child have been performed in accordance with the statute, there is no ancillary duty to accommodate the family's wish for a different result, a different result perhaps even the child protection worker had hoped for.

Ces dispositions d'immunité renforcent la conclusion que la relation entre la famille d'un enfant pris en charge et les personnes chargées par le tribunal de protéger l'intérêt véritable de l'enfant ne comporte pas de lien de proximité. Rien ne nous autorise donc à conclure que le Syl Apps Secure Treatment Centre ou M. Baptiste avaient à première vue une obligation de diligence à l'égard de la famille.

Bien que cette conclusion rende inutile la poursuite de l'analyse, une autre considération de politique générale confirme qu'il ne serait pas judicieux d'imposer aux fournisseurs de services une obligation légale de diligence envers les membres de la famille d'enfants appréhendés. Dans ce contexte, la reconnaissance d'une telle obligation ouvrirait la porte à des poursuites parallèles permettant de remettre en cause des questions réglées lors de l'instance relative à la protection de l'enfant, ce qui affaiblirait le régime de protection de l'enfance, entraînerait des dépenses publiques inutiles et pourrait inciter les préposés à la protection de l'enfance à renoncer à des mesures de protection de l'intérêt véritable des enfants par crainte d'être poursuivis. On voit mal en quoi ces conséquences potentielles serviraient l'intérêt du système de justice ou l'intérêt général.

La protection de l'enfance est un travail difficile, douloureux et complexe. Veiller à l'intérêt véritable d'un enfant dans ce contexte veut dire s'occuper d'un groupe vulnérable à un moment où la vulnérabilité est à son paroxysme. Ceux qui s'y consacrent savent que souvent la protection de l'intérêt de l'enfant s'obtient aux dépens du reste de la famille. Cependant, le mandat que leur confie la loi est de donner la primauté à l'intérêt de l'enfant. Ils doivent avoir toute la latitude voulue pour exécuter intégralement ce mandat. Le résultat qu'ils visent est le rétablissement de l'enfant, non celui de la famille. Lorsque les obligations envers l'enfant ont été exécutées conformément à la loi, il n'existe pas d'obligation accessoire de satisfaire le vœu de la famille de voir un résultat différent, un résultat différent peut-être même de ce qu'aurait espéré le préposé à la protection de l'enfance.

Because there is no legal duty of care owed by the treatment centre and Mr. Baptiste to R.D.'s family, there is no reasonable cause of action against them disclosed by the statement of claim. No amount of evidence would revise this legal conclusion and, as a result, a trial to determine whether the family is entitled to the damages it seeks would not be justified.

Accordingly, I would allow the appeal and dismiss the action with costs.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellants: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondents: Matthew Wilton & Associate, Toronto.

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

Puisque le centre de traitement et M. Baptiste n'avaient pas d'obligation de diligence envers la famille de R.D., la déclaration ne révèle aucune cause d'action fondée contre eux. Aucune preuve, si abondante soit-elle, ne saurait infirmer cette conclusion juridique et, en conséquence, un procès visant à déterminer si la famille a droit aux dommages-intérêts qu'elle réclame ne serait pas justifié. 65

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'action avec dépens. 66

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur des appelants : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intimés : Matthew Wilton & Associate, Toronto.

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

Bennett Parker Rhyason *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* RHYASON

Neutral citation: 2007 SCC 39.

File No.: 31772.

2007: May 17; 2007: July 27.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Impaired driving causing death — Reasonable and probable grounds to demand breath samples — Distinction between consumption and impairment — Whether trial judge applied wrong test for determining whether police officer had reasonable and probable grounds to demand breath samples — Whether misstatements in trial judge's reasons sufficiently undermining to warrant appellate intervention.

After the accused spent a number of hours consuming alcohol, the vehicle he was driving struck and killed a pedestrian. At the scene, the arresting officer noticed that the accused had bloodshot eyes, blinked slowly, was shaking, and had an odour of alcohol on his breath. The officer arrested the accused for impaired driving causing death and demanded he provide evidential breath samples. The samples indicated blood alcohol levels that exceeded the legal limit when operating a motor vehicle. At trial, the accused applied to exclude the breath samples. In concluding that the officer had reasonable and probable grounds to have demanded the samples, the trial judge stated that there "is no strict requirement that the officer . . . have evidence of impairment (as distinct from, and additional to, mere consumption) before proceeding with the arrest or demand". The trial judge found the accused guilty. The majority of the Court of Appeal affirmed the conviction, holding that when his reasons were read in their entirety he had applied the correct test in determining whether there were reasonable and probable grounds to demand a breath sample. The dissenting judge would have ordered a new trial,

Bennett Parker Rhyason *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* RHYASON

Référence neutre : 2007 CSC 39.

N° du greffe : 31772.

2007 : 17 mai; 2007: 27 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Droit criminel — Conduite avec facultés affaiblies causant la mort — Motifs raisonnables pour exiger des échantillons d'haleine — Distinction entre consommation et capacité affaiblie — Le juge du procès a-t-il appliqué le mauvais critère pour décider si le policier avait des motifs raisonnables pour exiger des échantillons d'haleine? — Est-ce que les énoncés dans les motifs du juge du procès sont erronés au point de justifier une intervention en appel?

Après avoir consommé de l'alcool, sur une période de plusieurs heures, l'accusé a conduit sa voiture et heurté mortellement un piéton. Sur les lieux de l'accident, le policier qui a effectué l'arrestation a remarqué que l'accusé avait les yeux injectés de sang, qu'il clignait des yeux lentement, qu'il tremblait et que son haleine dégageait une odeur d'alcool. Le policier a arrêté l'accusé pour conduite avec facultés affaiblies ayant causé la mort et lui a ordonné de fournir des échantillons d'haleine pour les besoins de la preuve. Ces échantillons ont indiqué une alcoolémie supérieure à la limite permise par la loi lors de la conduite d'un véhicule à moteur. Au procès, l'accusé a demandé l'exclusion des échantillons d'haleine. Le juge du procès a conclu que le policier avait des motifs raisonnables d'ordonner à l'accusé de fournir des échantillons d'haleine, affirmant qu'il « n'y a pas d'exigence stricte que le policier qui décide de procéder à l'arrestation ou d'ordonner qu'un échantillon d'haleine soit fourni ait préalablement une preuve de la capacité affaiblie (qui est distincte de la preuve de la simple consommation d'alcool et s'y ajoute) ». Le juge du procès a déclaré l'accusé coupable. La Cour d'appel à

being of the view that the breath samples should not have been admitted because the trial judge applied the wrong test.

Held (McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Charron JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ.: While the impugned passages in the trial judge's reasons are, by themselves, a misstatement, when his reasons are read as a whole they reflect the application of the proper test. The trial judge referred to s. 254(3) of the *Criminal Code* as containing the appropriate test and, at numerous times, he signalled that he was relying on more than just evidence of consumption as a basis for his finding that the arresting officer had reasonable and probable grounds to demand a breath sample. The trial judge correctly considered the relevant testimony of the officer about the circumstances of the accident, as well as signs of the accused's impairment. He also reviewed the relevant jurisprudence emanating from similar fact situations and appropriately took into consideration the presence of an unexplained accident. There is accordingly no basis for appellate intervention. [9] [14-17] [19-20]

Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Charron JJ. (dissenting): It is precisely the trial judge's erroneous holding on the critical issue of reasonable and probable grounds to demand a breath sample when read in the context of his reasons as a whole, and in light of the evidence presented at trial, that leads to the conclusion that he erred in law and applied the wrong legal test. No meaning can be given to the trial judge's holding other than that conveyed by the clear language that he used. Nowhere, before or after the impugned passage, is there an accurate statement of the test that requires something more than the evidence of alcohol consumption to substantiate the officer's reasonable and probable grounds for demanding a breath sample. Moreover, the combination of objective facts listed by the trial judge, which refer to alcohol consumption only or are silent as to the accused's condition, do not indicate he understood that mere consumption did not constitute reasonable and probable grounds. To the contrary, the trial judge's statement that the combination of facts reasonably indicates the offence of impaired driving causing death

la majorité a confirmé la déclaration de culpabilité, statuant que, lorsqu'on lit l'ensemble des motifs du juge du procès, on constate qu'il a appliqué le critère approprié pour décider s'il existait des motifs raisonnables pour exiger un échantillon d'haleine. Le juge dissident aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès, estimant que les échantillons d'haleine n'auraient pas dû être admis parce que le juge du procès avait appliqué le mauvais critère.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish et Charron sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein : Bien que, pris isolément, les passages contestés des motifs du juge du procès constituent une affirmation inexacte, l'ensemble de ses motifs démontre que le critère approprié a été appliqué. Le juge du procès a mentionné le par. 254(3) du *Code criminel* qui prévoit le critère approprié et, à maintes reprises, il a signalé qu'il ne se fondait pas uniquement sur la preuve de la consommation d'alcool pour conclure que le policier ayant procédé à l'arrestation avait des motifs raisonnables d'exiger un échantillon d'haleine. Le juge du procès a aussi correctement examiné le témoignage pertinent du policier concernant les circonstances de l'accident et les signes de l'affaiblissement de la capacité de l'accusé. Il a également examiné la jurisprudence pertinente relative à des situations factuelles semblables et il a eu raison de prendre en compte la présence d'un accident inexpliqué. Il n'existe en conséquence aucune raison justifiant une intervention en appel. [9] [14-17] [19-20]

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish et Charron (dissidents) : C'est précisément la décision erronée du juge du procès sur la question cruciale des motifs raisonnables d'exiger un échantillon d'haleine, considérée dans le contexte de l'ensemble de ses motifs et à la lumière de la preuve présentée au procès, qui amène à conclure que le juge du procès a commis une erreur de droit et appliqué le mauvais critère. Aucune autre signification que celle conférée par les termes clairs qu'il a employés ne saurait être attribuée à la décision du juge du procès. Nulle part avant ou après le passage contesté ne trouve-t-on un énoncé exact du critère qui exige davantage que la preuve de consommation d'alcool pour appuyer les motifs raisonnables du policier pour requérir un échantillon d'haleine. En outre, la combinaison de faits objectifs énumérés par le juge du procès, lesquels ne font état que de la consommation d'alcool et sont par ailleurs muets quant à l'état de l'accusé, n'indique pas qu'il considérait que la simple consommation ne constituait pas un motif raisonnable. Au contraire, l'énoncé du juge du procès selon lequel

compounds rather than corrects his erroneous holding. While the circumstances of an accident, along with other evidence, can be taken into account in determining whether an officer had the requisite grounds, what defeats the argument here is that the circumstances of the accident did not form part of the evidential basis upon which the officer based his demand. [25] [27-29]

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254; *R. v. Eliuk* (2002), 299 A.R. 364, 2002 ABCA 85; *R. v. Pedersen* (2004), 193 B.C.A.C. 206, 2004 BCCA 64; *R. v. Turner* (2004), 1 M.V.R. (5th) 191; *R. v. Gairdner* (1999), 40 M.V.R. (3d) 133.

By Charron J. (dissenting)

R. v. Bernshaw, [1995] 1 S.C.R. 254.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253(*a*), (*b*), 254(3), 255(3).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (McFadyen, Hunt and Slatter JJ.A.) (2006), 397 A.R. 163, 384 W.A.C. 163, 70 Alta. L.R. (4th) 66, 214 C.C.C. (3d) 337, 40 M.V.R. (5th) 38, [2007] 3 W.W.R. 195, [2006] A.J. No. 1498 (QL), 2006 ABCA 367, affirming the accused's conviction entered by Lee J. (2006), 389 A.R. 277, [2006] A.J. No. 58 (QL), 2006 ABQB 60. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Charron JJ. dissenting.

Shannon K. C. Prithipaul, for the appellant.

Susan D. Hughson, Q.C., for the respondent.

The judgment of Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. was delivered by

1 ABELLA J. — Over the course of a number of hours on July 30, 2004, Bennett Parker Rhyason

cette combinaison de faits signale raisonnablement l'infraction de conduite avec facultés affaiblies causant la mort aggrave sa décision erronée plutôt qu'il ne la corrige. Bien que les circonstances d'un accident puissent être prises en considération avec d'autres éléments de preuve pour décider si un policier disposait des motifs requis, ce qui s'y oppose en l'espèce c'est que les circonstances de l'accident ne faisaient pas partie des éléments de preuve sur lesquels le policier a fondé sa demande. [25] [27-29]

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254; *R. c. Eliuk* (2002), 299 A.R. 364, 2002 ABCA 85; *R. c. Pedersen* (2004), 193 B.C.A.C. 206, 2004 BCCA 64; *R. c. Turner* (2004), 1 M.V.R. (5th) 191; *R. c. Gairdner* (1999), 40 M.V.R. (3d) 133.

Citée par la juge Charron (dissidente)

R. c. Bernshaw, [1995] 1 R.C.S. 254.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253*a*), *b*), 254(3), 255(3).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges McFadyen, Hunt et Slatter) (2006), 397 A.R. 163, 384 W.A.C. 163, 70 Alta. L.R. (4th) 66, 214 C.C.C. (3d) 337, 40 M.V.R. (5th) 38, [2007] 3 W.W.R. 195, [2006] A.J. No. 1498 (QL), 2006 ABCA 367, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé inscrite par le juge Lee (2006), 389 A.R. 277, [2006] A.J. No. 58 (QL), 2006 ABQB 60. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish et Charron sont dissidents.

Shannon K. C. Prithipaul, pour l'appelant.

Susan D. Hughson, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein rendu par

LA JUGE ABELLA — Le 30 juillet 2004, Bennett Parker Rhyason et deux amis ont, sur une période

and two friends consumed alcohol at three different bars. In the early hours of July 31, the vehicle Mr. Rhyason was driving struck and killed a 17-year-old pedestrian who was crossing the street at a marked, well-lit crosswalk.

de plusieurs heures, consommé de l'alcool dans trois bars différents. Le 31 juillet, au petit matin, la voiture conduite par M. Rhyason a heurté mortellement un piéton de 17 ans qui traversait la rue à un passage pour piétons marqué et bien éclairé.

Arriving at the scene of the accident, Constable Darren Stevens, the arresting officer, observed a motionless body lying at the edge of the road south of the crosswalk. He was advised by another constable that the body on the road had no pulse. The road was straight, dry and lit.

2 À son arrivée sur les lieux de l'accident, l'agent Darren Stevens qui a procédé à l'arrestation a constaté la présence d'un corps inerte gisant au bord du chemin, au sud du passage pour piétons. Un autre policier lui a dit que le corps n'avait pas de pouls. La voie était droite, sèche et éclairée.

Constable Stevens was approached by Mr. Rhyason, who asked whether the pedestrian who had been struck was dead. When he was told that he was, Mr. Rhyason said, "I was the driver. Oh, God! He's dead." While speaking with him, Constable Stevens noticed that Mr. Rhyason had bloodshot eyes, an unusually blank stare, blinked slowly, was shaking, and had an odour of alcohol on his breath.

3 Monsieur Rhyason a abordé l'agent Stevens et lui a demandé si le piéton qui avait été heurté était mort. En apprenant la mort du piéton, M. Rhyason a dit : [TRADUCTION] « C'est moi qui conduisais. Oh, mon dieu! Il est mort. » Au cours de cet échange, l'agent Stevens a remarqué que M. Rhyason avait les yeux injectés de sang, le regard anormalement vide, qu'il clignait des yeux lentement, qu'il tremblait et que son haleine dégageait une odeur d'alcool.

Constable Stevens then arrested Mr. Rhyason for impaired driving causing death and demanded an evidential breath sample under s. 254(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. His breath samples indicated 120 and 100 mg of ethanol per 100 ml of blood, more than the legal limit of 80 mg per 100 ml of blood.

4 L'agent Stevens a alors arrêté M. Rhyason pour conduite avec facultés affaiblies causant la mort et lui a ordonné, conformément au par. 254(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, de fournir un échantillon d'haleine pour les besoins de la preuve. Les échantillons d'haleine ont indiqué 120 et 100 mg d'éthanol par 100 ml de sang, soit plus que la limite permise par la loi, 80 mg par 100 ml de sang.

Counsel for Mr. Rhyason applied to exclude the breath samples. The trial judge found that the arresting officer had "in his subjective awareness a combination of objective facts (deceased pedestrian at accident site, and admitted driver with a smell of alcohol on his breath, together with other minor evidence consistent with the driver's alcohol consumption), which together reasonably indicate[d] the offense of impaired driving causing death": (2005), 27 M.V.R. (5th) 262, 2005 ABQB 988, at para. 23. Accordingly, he concluded that Constable Stevens had reasonable and probable grounds to

5 L'avocate de M. Rhyason a demandé l'exclusion des échantillons d'haleine. Le juge du procès a conclu que le policier qui a procédé à l'arrestation avait [TRADUCTION] « une conscience subjective d'une combinaison de faits objectifs (piéton décédé sur le lieu de l'accident, l'haleine de la personne qui admet être le conducteur dégage une odeur d'alcool, ainsi que d'autres éléments de preuve de moindre importance compatibles avec la thèse que le conducteur avait consommé de l'alcool) qui, ensemble, signal[ai]ent raisonnablement l'infraction de conduite avec facultés affaiblies causant la

demand a breath sample from Mr. Rhyason and to arrest him.

6 The trial judge concluded that alcohol had impaired the ability of Mr. Rhyason to drive at the time of the accident. In his reasons, he examined the evidence of causation, including the accident reconstruction and the victim's conduct before the accident, finding that Mr. Rhyason's impairment contributed in more than a *de minimis* way to the fatal accident. He found Mr. Rhyason guilty of operating a motor vehicle while having more than 80 mg of alcohol per 100 ml of blood and of impaired driving causing death under ss. 253(*b*) and 255(3) respectively of the *Criminal Code*: (2006), 389 A.R. 277, 2006 ABQB 60.

7 At the Court of Appeal, McFadyen J.A. for the majority held that the trial judge had applied the correct test in determining whether there were reasonable and probable grounds to demand a breath sample. She also held that the record supported the trial judge's factual finding that the appellant's ability to drive was impaired by alcohol and his conclusion about causation. Accordingly, she dismissed the appeal: (2006), 397 A.R. 163, 2006 ABCA 367.

8 In dissent, Slatter J.A. was of the view that the breath samples should not have been admitted because the trial judge applied the wrong legal test on the issue of reasonable and probable grounds. He would have ordered a new trial because it was not clear that the decision would have been the same if the breath samples were excluded.

Analysis

9 The central issue is whether two sentences containing misstatements in the trial judge's reasons are sufficiently undermining to warrant appellate intervention. In my view, they are not.

mort » (2005), 27 M.V.R. (5th) 262, 2005 ABQB 988, par. 23. Par conséquent, il a conclu que l'agent Stevens avait des motifs raisonnables d'ordonner à M. Rhyason de fournir un échantillon d'haleine et de procéder à l'arrestation de celui-ci.

Le juge du procès a conclu que la capacité de conduire de M. Rhyason au moment de l'accident était affaiblie par l'alcool. Dans ses motifs, il a examiné la preuve de causalité, notamment la reconstitution de l'accident et la conduite de la victime avant l'accident, pour conclure que la capacité affaiblie de M. Rhyason avait eu une incidence plus que minimale sur l'accident fatal. Il a reconnu l'appelant coupable de conduite d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang et de conduite avec facultés affaiblies causant la mort aux termes de l'al. 253*b*) et du par. 255(3) respectivement du *Code criminel* : (2006), 389 A.R. 277, 2006 ABQB 60.

En Cour d'appel, la juge McFadyen a statué, au nom de la majorité, que le juge du procès avait appliqué le critère approprié pour décider si le policier s'était fondé sur des motifs raisonnables pour exiger un échantillon d'haleine. Elle a aussi estimé que le dossier étayait la conclusion de fait du juge du procès selon laquelle la capacité de conduire de l'appelant était affaiblie par l'effet de l'alcool, ainsi que sa conclusion concernant la causalité. En conséquence, elle a rejeté l'appel : (2006), 397 A.R. 163, 2006 ABCA 367.

Dans sa dissidence, le juge Slatter a estimé que les échantillons d'haleine n'auraient pas dû être admis parce que le juge du procès avait appliqué un critère juridique erroné concernant les motifs raisonnables. Il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès parce qu'il n'était pas certain que la décision aurait été la même si les échantillons d'haleine avaient été exclus.

Analyse

La principale question en litige est de savoir si les déclarations contenues dans deux phrases des motifs du juge du procès sont erronées au point de justifier une intervention en appel. À mon avis, ce n'est pas le cas.

This Court has repeatedly observed that a trial judge's reasons should be read as a whole, not held to "some abstract standard of perfection":

It is neither expected nor required that the trial judge's reasons provide the equivalent of a jury instruction.

(*R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, at para. 55; see also, *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17, at para. 19.)

Even in cases dealing with jury instructions, this Court has confirmed that the jury charge must be read as a whole. A misstatement will not necessarily be fatal (*R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at paras. 53-54).

The test for when a police officer may demand a breath sample is set out in s. 254(3) of the *Criminal Code*:

Where a peace officer believes on reasonable and probable grounds that a person is committing, or at any time within the preceding three hours has committed, as a result of the consumption of alcohol, an offence under section 253 [impaired driving], the peace officer may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require that person to provide then or as soon thereafter as is practicable

(*a*) such samples of the person's breath as in the opinion of a qualified technician, . . .

. . .

are necessary to enable proper analysis to be made in order to determine the concentration, if any, of alcohol in the person's blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such samples to be taken.

As explained by this Court in *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254, the test for reasonable and probable grounds has both a subjective and objective component:

[Section] 254(3) of the *Code* requires that the police officer subjectively have an honest belief that the suspect

Notre Cour a fait remarquer à maintes reprises que les motifs du juge du procès doivent être considérés globalement et qu'ils ne sont pas assujettis « à une quelconque norme abstraite de perfection » : 10

On ne s'attend pas et il n'est pas nécessaire que les motifs du juge du procès soient aussi précis que les directives adressées à un jury.

(*R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, par. 55; voir aussi *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17, par. 19.)

Même dans des affaires relatives aux directives données au jury, notre Cour a confirmé que l'exposé au jury doit être considéré dans son ensemble. Une déclaration erronée n'est pas nécessairement fatale (*R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 53-54).

Le critère à appliquer pour savoir si un policier peut exiger un échantillon d'haleine est énoncé au par. 254(3) du *Code criminel* : 11

L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des trois heures précédentes, par suite d'absorption d'alcool, une infraction à l'article 253 [conduite avec facultés affaiblies] peut lui ordonner immédiatement ou dès que possible de lui fournir immédiatement ou dès que possible les échantillons suivants :

a) soit les échantillons d'haleine qui de l'avis d'un technicien qualifié sont nécessaires à une analyse convenable pour permettre de déterminer son alcoolémie;

. . .

Aux fins de prélever les échantillons de sang ou d'haleine, l'agent de la paix peut ordonner à cette personne de le suivre.

Comme la Cour l'a expliqué dans *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254, le critère applicable en matière de motifs raisonnables comporte à la fois une composante subjective et une composante objective : 12

[E]n vertu du par. 254(3) du *Code*, le policier doit subjectivement croire sincèrement que le suspect a commis

has committed the offence and objectively there must exist reasonable grounds for this belief . . . . [para. 48]

. . .

The decision as to whether a peace officer believes on reasonable and probable grounds that an offence is being committed and, therefore, that a demand is authorized under s. 254(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, must be based on the circumstances of the case. It is, therefore, essentially a question of fact and not one of pure law. [para. 46]

13 Mr. Rhyason's argument that the trial judge applied the wrong test for determining whether or not the officer had reasonable and probable grounds for demanding a breath sample was based on the following passage from the reasons:

There is no strict requirement that the officer deciding to arrest or demand a breath sample have evidence of impairment (as distinct from, and additional to, mere consumption) before proceeding with the arrest or demand. Therefore, it is clear that the argument of the Accused, to the effect that the officer must have evidence of impairment as well as consumption, fails. [para. 24 M.V.R.]

14 The dissenting judge relied on these two sentences to conclude that the trial judge erred determinatively. He also pointed to parts of the trial judge's reasons where, in his view, the trial judge had failed adequately to distinguish between consumption and impairment. There is no dispute that these passages are, by themselves, a misstatement. Evidence of consumption alone is an insufficient basis for making a demand for a breath sample. However, when the trial judge's reasons are read as a whole, it is apparent that this was not the test that he applied.

15 The trial judge properly referred to s. 254(3) as containing the test for an officer's entitlement to demand a breath sample. He also correctly considered the relevant testimony of the arresting officer about the circumstances of the accident, the smell of alcohol on Mr. Rhyason's breath, other minor signs of impairment such as bloodshot eyes and a

l'infraction et, objectivement, cette croyance doit être fondée sur des motifs raisonnables . . . [par. 48]

. . .

C'est en fonction des circonstances de chaque cas qu'il faut décider si un agent de la paix a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre une infraction, le justifiant d'ordonner un alcootest en vertu du par. 254(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. En conséquence, il s'agit essentiellement d'une question de fait et non de droit seulement. [par. 46]

L'argument de M. Rhyason selon lequel le juge du procès a appliqué un critère erroné pour décider si le policier avait des motifs raisonnables d'exiger un échantillon d'haleine se fondait sur l'extrait suivant des motifs :

[TRADUCTION] Il n'y a pas d'exigence stricte que le policier qui décide de procéder à l'arrestation ou d'ordonner qu'un échantillon d'haleine soit fourni ait préalablement une preuve de la capacité affaiblie (qui est distincte de la preuve de la simple consommation d'alcool et s'y ajoute). L'argument de l'accusé selon lequel le policier doit avoir une preuve de la capacité affaiblie ainsi que de la consommation d'alcool échoue donc clairement. [par. 24 M.V.R.]

Le juge dissident s'est appuyé sur ces deux phrases pour conclure que le juge du procès a commis une erreur déterminante. Il a aussi relevé des extraits des motifs où, à son avis, le juge du procès n'a pas distingué de façon adéquate la consommation de la capacité affaiblie. Nul ne conteste que ces extraits, pris isolément, constituent une affirmation inexacte. La preuve de la consommation d'alcool ne suffit pas à elle seule pour ordonner la fourniture d'un échantillon d'haleine. Toutefois, lorsqu'on lit l'ensemble des motifs du juge du procès, il est clair qu'il ne s'agit pas du critère qui a été appliqué.

Le juge du procès a mentionné comme il se doit le par. 254(3) qui prévoit le critère relatif au droit d'un policier d'exiger un échantillon d'haleine. Il a aussi correctement examiné le témoignage pertinent du policier qui a procédé à l'arrestation concernant les circonstances de l'accident, l'odeur d'alcool que dégageait l'haleine de M. Rhyason et

blank stare, and Mr. Rhyason's admission that he had driven the car involved in the accident.

He also, again correctly, reviewed the relevant jurisprudence emanating from similar fact situations, noting that in all but one of those cases, "a combination of facts closely similar to those which Constable Stevens used in his decision to arrest the Accused here [existed]" (para. 18 M.V.R.).

As McFadyen J.A. noted, none of the cases relied upon by the trial judge found that evidence of alcohol consumption alone was sufficient to establish reasonable and probable grounds. The trial judge himself noted that it was a "combination of facts" that formed the reasonable and probable grounds, not evidence of mere consumption, as the following passage from his reasons reveals:

> [I]t is clear that Stevens did not arrest the Accused arbitrarily. On the contrary, when deciding to arrest, Stevens had in his subjective awareness a combination of objective facts (deceased pedestrian at accident site, and admitted driver with a smell of alcohol on his breath, together with other minor evidence consistent with the driver's alcohol consumption), which together reasonably indicate the offense of impaired driving causing death. [Emphasis added; para. 23 M.V.R.]

He also noted that signs of alcohol consumption merely "suffice to contribute to reasonable grounds" (para. 24 M.V.R. (emphasis added)), not establish their existence.

Of additional relevance are the two paragraphs immediately following the two impugned sentences. The trial judge found the accident to be significant, noting that "[i]f Constable Stevens had merely detected signs of alcohol consumption in the absence of an accident, there may have been a valid argument to the effect that evidence of alcohol consumption does not itself constitute evidence of impairment" (para. 25 M.V.R.). As the trial

d'autres signes de moindre importance de la capacité affaiblie tels que les yeux injectés de sang, le regard vide et l'aveu de M. Rhyason qu'il était le conducteur du véhicule impliqué dans l'accident.

16 Il a également correctement examiné la jurisprudence pertinente relative à des situations factuelles semblables, faisant observer qu'il existait, dans toutes ces décisions sauf une, [TRADUCTION] « une combinaison de faits très semblables à ceux dont l'agent Stevens a tenu compte pour décider d'arrêter l'accusé » (par. 18 M.V.R.).

17 Comme l'a signalé la juge McFadyen, aucune des décisions sur lesquelles le juge du procès s'est appuyé n'indiquait que la preuve de l'absorption d'alcool suffisait à elle seule pour établir l'existence de motifs raisonnables. Le juge du procès a lui-même fait remarquer que la « combinaison de faits », et non la preuve de la simple consommation d'alcool, avait fourni les motifs raisonnables, comme l'indique l'extrait suivant de ses motifs :

> [TRADUCTION] [I]l est clair que M. Stevens n'a pas arrêté arbitrairement l'accusé. Au contraire, lorsqu'il a décidé de l'arrêter, M. Stevens avait une conscience subjective d'une combinaison de faits objectifs (piéton décédé sur le lieu de l'accident, l'haleine de la personne qui admet être le conducteur dégage une odeur d'alcool, ainsi que d'autres éléments de preuve de moindre importance compatibles avec la thèse que le conducteur avait consommé de l'alcool) qui, ensemble, signalent raisonnablement l'infraction de conduite avec facultés affaiblies causant la mort. [Je souligne; par. 23 M.V.R.]

Il a aussi fait remarquer que des signes de consommation d'alcool [TRADUCTION] « suffisent à contribuer à établir l'existence de motifs raisonnables » seulement (par. 24 M.V.R. (je souligne)), et non à établir leur existence.

18 Les deux paragraphes suivant immédiatement les deux phrases contestées sont également pertinents. Le juge du procès a estimé que l'accident était important, faisant remarquer que [TRADUCTION] « [s]i l'agent Stevens avait simplement décelé des signes de consommation d'alcool en l'absence d'un accident, on aurait pu valablement affirmer que la preuve de l'absorption d'alcool ne constitue pas en soi une preuve de capacité affaiblie » (par. 25

judge observed, there is abundant jurisprudence confirming that the circumstances of an accident can be taken into account, along with other evidence, in determining whether an officer had reasonable and probable grounds to arrest an individual for impaired driving. (See, for example, *R. v. Eliuk* (2002), 299 A.R. 364, 2002 ABCA 85, at para. 12; *R. v. Pedersen* (2004), 193 B.C.A.C. 206, 2004 BCCA 64, at para. 30; *R. v. Turner* (2004), 1 M.V.R. (5th) 191 (Ont. C.J.), at para. 8; and *R. v. Gairdner* (1999), 40 M.V.R. (3d) 133 (B.C.S.C.), at para. 15.)

19 This is not to suggest that consumption plus an unexplained accident always generates reasonable and probable grounds or, conversely, that it never does. What is important is that determining whether there are reasonable and probable grounds is a fact-based exercise dependent upon the circumstances of the case. In this case, the presence of an unexplained accident was one factor that the trial judge appropriately took into consideration when determining that those grounds existed.

20 At numerous times in his reasons, the trial judge signalled that he was relying on more than just evidence of consumption as a basis for his finding that the arresting officer had reasonable and probable grounds to demand a breath sample. Read as a whole, those reasons reflect the application of the proper test.

21 I would dismiss the appeal.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Charron JJ. were delivered by

22 CHARRON J. (dissenting) — Mr. Rhyason was convicted of impaired driving causing death and driving with more than 80 mg of alcohol in 100 ml of his blood ((2006), 389 A.R. 277, 2006 ABQB 60). His convictions were affirmed by McFadyen J.A. (Hunt J.A. concurring) of the Alberta Court of Appeal ((2006), 397 A.R. 163, 2006 ABCA 367). Slatter J.A., in dissent, would have ordered a new trial on both counts. Mr. Rhyason appeals as of right. The narrow question is whether the trial judge

M.V.R.). Comme l'a fait observer le juge du procès, une jurisprudence abondante confirme que les circonstances d'un accident peuvent être prises en considération, avec d'autres éléments de preuve, pour déterminer si un policier avait des motifs raisonnables d'arrêter une personne pour conduite avec facultés affaiblies. (Voir, par exemple, *R. c. Eliuk* (2002), 299 A.R. 364, 2002 ABCA 85, par. 12; *R. c. Pedersen* (2004), 193 B.C.A.C. 206, 2004 BCCA 64, par. 30; *R. c. Turner* (2004), 1 M.V.R. (5th) 191 (C.J. Ont.), par. 8; et *R. c. Gairdner* (1999), 40 M.V.R. (3d) 133 (C.S.C.-B.), par. 15.)

Cela ne veut pas dire que la consommation d'alcool conjuguée à un accident inexpliqué fournissent toujours des motifs raisonnables ou, à l'inverse, qu'ils ne le font jamais. L'important, c'est que la décision relative à l'existence de motifs raisonnables doit se fonder sur les faits et reste fonction des circonstances. En l'espèce, la présence d'un accident inexpliqué constituait un facteur que le juge du procès a eu raison de prendre en compte pour statuer sur l'existence de tels motifs.

À maintes reprises dans ses motifs, le juge du procès a signalé qu'il ne se fondait pas uniquement sur la preuve de la consommation d'alcool pour conclure que le policier ayant procédé à l'arrestation avait des motifs raisonnables d'exiger un échantillon d'haleine. L'ensemble des motifs démontre que le critère approprié a été appliqué.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish et Charron rendu par

LA JUGE CHARRON (dissidente) — Monsieur Rhyason a été déclaré coupable de conduite avec facultés affaiblies causant la mort et de conduite avec une alcoolémie supérieure à 80 mg par 100 ml de sang ((2006), 389 A.R. 277, 2006 ABQB 60). Ses déclarations de culpabilité ont été confirmées par la juge McFadyen (avec l'appui de la juge Hunt) de la Cour d'appel de l'Alberta ((2006), 397 A.R. 163, 2006 ABCA 367). Le juge Slatter, dissident, aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès

applied the correct legal test in deciding whether the arresting officer had reasonable and probable grounds to demand from Mr. Rhyason samples of his breath for the purpose of analysis to determine the concentration of alcohol in his blood.

Section 254(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, requires that "the police officer subjectively have an honest belief that the suspect has committed [an offence under s. 253] and objectively there must exist reasonable grounds for this belief": *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254, at para. 48. Evidence that Mr. Rhyason had consumed alcohol, in and of itself, would not suffice to ground Constable Stevens's demand for breath samples, because it is not an offence to operate a motor vehicle after having consumed alcohol. It was necessary, rather, for the officer to have reasonable grounds for believing that Mr. Rhyason had operated his motor vehicle, either while *impaired* by the consumption of alcohol (s. 253(*a*)), or having consumed alcohol in such a *quantity* that the concentration in his blood exceeded the legal limit (s. 253(*b*)). For ease of reference, I will refer to the condition of the driver in respect of both offences under s. 253 as one of impairment.

This distinction between consumption and impairment was crucial because, as the trial judge noted the case was "borderline", with the officer's testimony revealing "no obvious sign of impairment, or else, signs equally consistent with both alcohol consumption and emotional distress" ((2005), 27 M.V.R. (5th) 262, 2005 ABQB 988, at paras. 21-22). The accident happened around 3:00 a.m. Constable Stevens testified that, upon his arrival at the scene of the accident, he was approached by Mr. Rhyason who asked him if the pedestrian was dead. Mr. Rhyason, who admitted immediately to being the driver of the car, was crying, shaking and had bloodshot eyes. After being told that the pedestrian had died, he blinked slowly and had a blank stare. The officer smelled a moderate odour of alcohol on his breath. Constable Stevens immediately placed Mr. Rhyason under arrest for impaired driving

relativement aux deux chefs d'accusation. Monsieur Rhyason se pourvoit de plein droit. Il s'agit précisément de savoir si le juge du procès a appliqué le bon critère juridique pour décider si l'agent qui a procédé à l'arrestation avait des motifs raisonnables d'ordonner à M. Rhyason de fournir les échantillons d'haleine nécessaires à l'analyse permettant de déterminer son alcoolémie.

23 Suivant le par. 254(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, « le policier doit subjectivement croire sincèrement que le suspect a commis [une infraction prévue à l'art. 253] et, objectivement, cette croyance doit être fondée sur des motifs raisonnables » : *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254, par. 48. Une preuve établissant que M. Rhyason avait consommé de l'alcool ne suffirait pas en soi à justifier la demande d'échantillons d'haleine de l'agent Stevens parce qu'il n'est pas interdit de conduire un véhicule à moteur après avoir consommé de l'alcool. Il fallait plutôt que l'agent ait des motifs raisonnables de croire que M. Rhyason avait conduit son véhicule soit lorsque sa capacité de le faire était *affaiblie* par la consommation d'alcool (al. 253*a*)), soit lorsqu'il avait consommé une *quantité* d'alcool telle que son alcoolémie dépassait la limite permise (al. 253*b*)). Par souci de commodité, je qualifierai de « capacité affaiblie » l'état du conducteur relativement aux deux infractions prévues à l'art. 253.

24 Cette distinction entre consommation et capacité affaiblie était cruciale parce que, comme le juge du procès l'a fait remarquer, l'affaire était un [TRADUCTION] « cas limite » du fait que le témoignage de l'agent n'avait révélé « aucun signe évident de capacité affaiblie, ni aucun signe pouvant également correspondre à une consommation d'alcool et à des troubles émotionnels » ((2005), 27 M.V.R. (5th) 262, 2005 ABQB 988, par. 21-22). L'accident s'est produit vers 3 h du matin. L'agent Stevens a témoigné qu'à son arrivée sur les lieux de l'accident, M. Rhyason s'est approché de lui et lui a demandé si le piéton était mort. Monsieur Rhyason, qui a tout de suite admis être le conducteur de l'automobile, pleurait, tremblait et avait les yeux injectés de sang. Après avoir appris que le piéton était décédé, il s'est mis à cligner des yeux lentement et son regard est devenu vide.

causing death, explaining his grounds for doing so as follows:

Q. Why did you place him under arrest?

A. Well, my observations impaired, or excuse me, of alcohol consumption indicia, as well as my belief that the victim was deceased, and based on the fact that he had stated he was the driver.

Q. And that led you to what?

A. I formed the opinion that Mr. Rhyason had consumed alcohol in such a quantity that impaired his ability to operate a motor vehicle, and subsequently caused the death of — of the victim.

25 The defence specifically argued at trial that, without some evidence of impairment in addition to the evidence of alcohol consumption upon which to base his opinion, Constable Stevens did not have the requisite grounds to arrest Mr. Rhyason or to demand that he provide breath samples for analysis. The trial judge expressly rejected this argument, stating as follows (at para. 24 M.V.R.):

There is no strict requirement that the officer deciding to arrest or demand a breath sample have evidence of impairment (as distinct from, and additional to, mere consumption) before proceeding .... Therefore, it is clear that the argument of the Accused, to the effect that the officer must have evidence of impairment as well as consumption, fails.

Abella J. agrees that "[e]vidence of consumption alone is an insufficient basis for making a demand for a breath sample" and that the trial judge's reasons on this point constitute "a misstatement" (para. 14). However, she concludes that "when the trial judge's reasons are read as a whole, it is apparent that this was not the test that he applied" (para. 14). With respect, I disagree. It is precisely because I

L'agent a senti une légère odeur d'alcool qui se dégageait de son haleine. L'agent Stevens a immédiatement mis M. Rhyason en état d'arrestation pour conduite avec facultés affaiblies causant la mort, et a expliqué ainsi les motifs qui l'ont amené à le faire :

[TRADUCTION]

Q. Pourquoi l'avez-vous mis en état d'arrestation?

R. Et bien, parce que j'ai décelé des indices de capacité affaiblie ou, excusez-moi, de consommation d'alcool, et que je croyais que la victime était décédée, et en raison du fait qu'il avait affirmé être le conducteur.

Q. Ce qui vous a amené à faire quoi?

R. Je me suis fait l'opinion que M. Rhyason avait consommé une quantité d'alcool telle que sa capacité de conduire un véhicule à moteur avait été affaiblie, et qu'il avait subséquemment causé la mort de — de la victime.

Au procès, la défense a plaidé spécifiquement que, sans quelque élément de preuve de capacité affaiblie, outre la preuve de consommation d'alcool, sur lequel fonder son opinion, l'agent Stevens n'avait pas les motifs requis pour arrêter M. Rhyason ou lui ordonner de fournir des échantillons d'haleine pour fins d'analyse. Le juge du procès a expressément rejeté cet argument, affirmant ce qui suit (par. 24 M.V.R.) :

[TRADUCTION] Il n'y a pas d'exigence stricte que le policier qui décide de procéder à l'arrestation ou d'ordonner qu'un échantillon d'haleine soit fourni ait préalablement une preuve de la capacité affaiblie (qui est distincte de la preuve de la simple consommation d'alcool et s'y ajoute) [. . .] L'argument de l'accusé selon lequel le policier doit avoir une preuve de la capacité affaiblie ainsi que de la consommation d'alcool échoue donc clairement.

La juge Abella convient que « [l]a preuve de la consommation d'alcool ne suffit pas à elle seule pour ordonner la fourniture d'un échantillon d'haleine » et que les motifs du juge du procès sur ce point constituent une « affirmation inexacte » (par. 14). Elle conclut néanmoins que, « lorsqu'on lit l'ensemble des motifs du juge du procès, il est clair qu'il ne s'agit pas du critère qui a été appliqué »

read the trial judge's erroneous holding on this critical issue in the context of his reasons as a whole, and in light of the evidence presented at trial, that I am led to conclude that he erred in law.

(par. 14). En toute déférence, je ne suis pas d'accord. C'est précisément parce que j'ai lu la décision erronée du juge du procès sur cette question cruciale dans le contexte de l'ensemble de ses motifs et à la lumière de la preuve présentée au procès que je dois conclure qu'il a commis une erreur de droit.

After reproducing the relevant parts of s. 254(3) and summarizing the officer's testimony, the trial judge reviewed what he described as "[a] selection of recent Canadian appellate decisions for fact-situations closest to that in the present case (no slurring, no staggering, apparently no unusual driving)" (para. 14 M.V.R.). McFadyen J.A. and my colleague find it noteworthy that none of the cases relied upon by the trial judge found that evidence of alcohol consumption alone was sufficient to establish the requisite grounds for making a demand (Court of Appeal's reasons at para. 23 and Abella J.'s reasons at para. 17). That is true — indeed, the question of whether evidence of alcohol consumption without evidence of impairment could provide a sufficient basis for making a demand did not even arise in the cases reviewed by the trial judge. However, for that same reason, I am unable to find anything in the trial judge's summary of the case law that sheds a different light on his clear and erroneous holding in para. 24 M.V.R. Nor do I find comfort in the balance of his reasons on this issue. I reproduce the full text of these reasons here:

26 Après avoir reproduit les passages pertinents du par. 254(3) et résumé le témoignage de l'agent, le juge du procès a examiné ce qu'il a présenté comme [TRADUCTION] « [u]ne sélection de décisions d'appel canadiennes récentes dont les faits et les circonstances se rapprochent le plus de ceux de l'espèce (aucun trouble de l'élocution, aucune démarche chancelante, aucune conduite visiblement inhabituelle) » (par. 14 M.V.R.). La juge McFadyen de la Cour d'appel et ma collègue croient utile de signaler qu'aucune des décisions sur lesquelles s'est appuyé le juge du procès n'indiquait que la preuve de la consommation d'alcool était suffisante à elle seule pour établir l'existence des motifs permettant de faire une demande d'échantillons (par. 23 des motifs de la Cour d'appel et par. 17 des motifs de la juge Abella). J'en conviens — d'ailleurs, la question de savoir si la preuve de la consommation d'alcool pouvait, en l'absence de preuve de capacité affaiblie, constituer un motif suffisant pour faire une telle demande ne s'est même pas posée dans les décisions examinées par le juge du procès. Cependant, pour cette même raison, je ne vois rien dans le résumé que ce dernier a fait de la jurisprudence qui jette un éclairage différent sur sa décision clairement erronée contenue au par. 24 M.V.R. Pas plus que je ne trouve de réconfort dans le reste de ses motifs sur cette question. Je reproduis ici le texte intégral de ces motifs :

> Some of the evidence from Constable Stevens differs from the above, in that Stevens testified as to the gait, demeanor, and eyes of the Accused at the scene of the accident. Nonetheless, the content of this testimony is somewhat ambiguous, in that it reveals no obvious sign of impairment, or else, signs equally consistent with both alcohol consumption and emotional distress.
>
> The present case is clearly close to both *Lesuk* and *Legere*. The opposite outcomes in those two cases indicate that the present case is borderline, when it comes

> [TRADUCTION] Certains aspects du témoignage de l'agent Stevens diffèrent de ce qui précède en ce que ce dernier a parlé de la démarche, du comportement et des yeux de l'accusé sur les lieux de l'accident. Néanmoins, le contenu de son témoignage est quelque peu ambigu en ce qu'il ne révèle aucun signe évident de capacité affaiblie, ni aucun signe pouvant également correspondre à une consommation d'alcool et à des troubles émotionnels.
>
> La présente affaire se rapproche clairement des affaires *Lesuk* et *Legere*. Les résultats contraires obtenus dans ces deux affaires indiquent que la présente

to "reasonable and probable grounds" to arrest and demand a breath sample.

However, it is clear that Stevens did not arrest the Accused arbitrarily. On the contrary, when deciding to arrest, Stevens had in his subjective awareness a combination of objective facts (deceased pedestrian at accident site, and admitted driver with a smell of alcohol on his breath, together with other minor evidence consistent with the driver's alcohol consumption), which together reasonably indicate the offense of impaired driving causing death.

With the possible exception of *Legere*, all the above cases (especially *Pedersen*, with its sparse Information to Obtain) indicate that signs of alcohol consumption suffice to contribute to reasonable grounds to arrest or search for "impaired driving causing". There is no strict requirement that the officer deciding to arrest or demand a breath sample have evidence of impairment (as distinct from, and additional to, mere consumption) before proceeding with the arrest or demand. Therefore, it is clear that the argument of the Accused, to the effect that the officer must have evidence of impairment as well as consumption, fails.

My conclusion herein may have been different if there had been no accident. Many of the reported cases to the contrary, which the Accused submitted, were no-accident cases. If Constable Stevens had merely detected signs of alcohol consumption in the absence of an accident, there may have been a valid argument to the effect that evidence of alcohol consumption does not itself constitute evidence of impairment. However, the above cases (other than *Legere*) suggest that an accident is itself a valid component of an officer's reasonable grounds to arrest or search. See also *R. v. Turner* (2004), 1 M.V.R. (5th) 191 (Ont. C.J.), para. 8.

This difference between the no-accident scenario and the accident scenario is in and of itself reasonable. Although facts other than impairment may have caused or contributed to the accident, the mere fact that there was an accident with no other obvious cause reasonably suggests that the driver's alcohol consumption has actually impaired the driver's conduct. That is so, even

affaire est un cas limite lorsqu'il s'agit des « motifs raisonnables » d'arrêter et d'exiger un échantillon d'haleine.

Toutefois, il est clair que M. Stevens n'a pas arrêté arbitrairement l'accusé. Au contraire, lorsqu'il a décidé de l'arrêter, M. Stevens avait une conscience subjective d'une combinaison de faits objectifs (piéton décédé sur le lieu de l'accident, l'haleine de la personne qui admet être le conducteur dégage une odeur d'alcool, ainsi que d'autres éléments de preuve de moindre importance compatibles avec la thèse que le conducteur avait consommé de l'alcool) qui, ensemble, signalent raisonnablement l'infraction de conduite avec facultés affaiblies causant la mort.

À l'exception peut-être de l'arrêt *Legere*, tous les arrêts susmentionnés (notamment l'arrêt *Pedersen* et sa « dénonciation en vue d'obtenir un mandat » peu détaillée) indiquent que les signes de consommation d'alcool suffisent à contribuer à établir l'existence de motifs raisonnables de procéder à une arrestation ou à une perquisition pour « conduite avec facultés affaiblies causant la mort ». Il n'y a pas d'exigence stricte que le policier qui décide de procéder à l'arrestation ou d'ordonner qu'un échantillon d'haleine soit fourni ait préalablement une preuve de la capacité affaiblie (qui est distincte de la preuve de la simple consommation d'alcool et s'y ajoute). L'argument de l'accusé selon lequel le policier doit avoir une preuve de la capacité affaiblie ainsi que de la consommation d'alcool échoue donc clairement.

Ma conclusion en l'espèce aurait peut-être été différente s'il n'y avait pas eu d'accident. Dans bon nombre des décisions publiées contraires invoquées par l'accusé, il n'y avait pas eu d'accident. Si l'agent Stevens avait simplement décelé des signes de consommation d'alcool en l'absence d'un accident, on aurait pu valablement affirmer que la preuve de l'absorption d'alcool ne constitue pas en soi une preuve de capacité affaiblie. Les arrêts susmentionnés (à l'exception de l'arrêt *Legere*) tendent toutefois à indiquer qu'un accident constitue en soi un élément valable des motifs raisonnables que peut avoir un agent de procéder à une arrestation ou à une perquisition. Voir également *R. c. Turner* (2004), 1 M.V.R. (5th) 191 (C.J. Ont.), par. 8.

Cette distinction entre le scénario avec accident et sans accident est en soi raisonnable. Bien que des faits autres que la capacité affaiblie aient pu causer l'accident ou y contribuer, le simple fait qu'il y ait eu un accident sans autre cause manifeste indique raisonnablement que la consommation d'alcool du conducteur a effectivement altéré son comportement. Il en est ainsi même

in the absence of evidence of unusual driving before or after the accident. [Emphasis added; paras. 21-26 M.V.R.]

Nowhere before or after the impugned passage do we find an accurate statement of the test. My colleague appears to read the combination of facts listed by the trial judge at para. 23 M.V.R. as indicating that the trial judge understood that mere consumption did not constitute reasonable and probable grounds that a suspect committed an offence (para. 17). The "combination of objective facts" listed by the trial judge bear repeating: a deceased pedestrian at the accident site; an admitted driver with an odour of alcohol on his breath; and other minor evidence consistent with the driver's alcohol consumption (para. 23 M.V.R.). With respect, the latter two items in this list refer to alcohol consumption only, and the first, a deceased pedestrian at the accident site, while a tragic consequence, says nothing about Mr. Rhyason's condition. Yet, according to the trial judge, it is this combination of facts that "reasonably indicate[s] the offense of impaired driving causing death" (para. 23 M.V.R.). In my view, the trial judge's statement about the combination of facts in para. 23 M.V.R. compounds rather than corrects his erroneous holding at para. 24 M.V.R.

Abella J. also takes particular comfort in the trial judge's discussion at paras. 25 and 26 M.V.R. about the significance of the accident in this equation (para. 18). This discussion, she says, further signals that the trial judge was relying on more than just evidence of consumption as a basis for finding that the officer had reasonable and probable grounds to demand a breath sample (para. 20). I agree with my colleague that the circumstances of an accident, along with other evidence, can be taken into account in determining whether an officer had the requisite grounds. What defeats the argument here is that the circumstances of the accident did not form part of the evidential basis upon which Constable Stevens based his demand. Had

en l'absence de preuve de conduite inhabituelle avant ou après l'accident. [Je souligne; par. 21-26 M.V.R.]

27 Nulle part avant ou après le passage contesté ne trouve-t-on un énoncé exact du critère. Ma collègue semble interpréter la combinaison de faits énumérés par le juge du procès au par. 23 M.V.R. comme indiquant que ce dernier comprenait que la simple consommation d'alcool ne constituait pas un motif raisonnable de croire qu'un suspect avait commis une infraction (par. 17). Cette [TRADUCTION] « combinaison de faits objectifs » énumérés par le juge du procès mérite d'être répétée : un piéton décédé sur le lieu de l'accident, l'haleine de la personne qui admet être le conducteur sent l'alcool, ainsi que d'autres éléments de preuve de moindre importance compatibles avec la thèse que le conducteur avait consommé de l'alcool (par. 23 M.V.R.). Avec égards pour l'opinion contraire, les deux derniers éléments de cette liste ne visent que la consommation d'alcool, et le premier, un piéton décédé sur le lieu de l'accident, s'il constitue une conséquence tragique, ne dit rien sur l'état de M. Rhyason. C'est pourtant cette combinaison de faits qui, selon le juge du procès, [TRADUCTION] « signale raisonnablement l'infraction de conduite avec facultés affaiblies causant la mort » (par. 23 M.V.R.). À mon avis, l'énoncé sur la combinaison de faits que formule le juge du procès au par. 23 M.V.R. aggrave sa décision erronée au par. 24 M.V.R. plutôt qu'il ne la corrige.

28 La juge Abella s'appuie aussi plus particulièrement sur l'analyse que fait le juge du procès, aux par. 25 et 26 M.V.R., de l'importance de l'accident dans cette équation (par. 18). Cette analyse, affirme-t-elle, indique encore une fois que ce dernier ne se fondait pas uniquement sur la preuve de la consommation d'alcool pour conclure que le policier avait des motifs raisonnables d'exiger un échantillon d'haleine (par. 20). Je suis d'accord avec ma collègue pour dire que les circonstances d'un accident peuvent être prises en considération avec d'autres éléments de preuve pour décider si un policier avait les motifs requis. Ce qui réfute cet argument, en l'espèce, c'est que les circonstances de l'accident ne faisaient pas partie des éléments de preuve sur

Constable Stevens given evidence about his observations of the scene of the accident, and relied on inferences drawn from those observations as part of his basis for making his demand, the situation might have been different. But Constable Stevens nowhere said that an "accident with no other obvious cause" formed part of his grounds for believing that an offence had been committed. In addition, the evidence reveals that, at the time Constable Stevens arrested Mr. Rhyason and demanded that he provide breath samples for analysis, the officer had been at the scene for about two minutes. Other than being advised that the pedestrian had died, there is no evidence that the officer had received any information about how the accident happened. What is at issue here are the *officer*'s reasonable and probable grounds *at the time of making the demand*, not the *ex post facto* inferences that can be drawn from the evidence at trial.

29 The question on the application to exclude the breath samples therefore remained: Did Constable Stevens need something more than evidence of alcohol consumption to substantiate his reasonable and probable grounds for demanding a breath sample? The only correct answer to this question is yes. The trial judge's erroneous answer at para. 24 M.V.R. was no. Given the context and the totality of his reasons, I am unable to give any meaning to the trial judge's holding on this critical legal question other than that conveyed by the clear language that he used. Had the trial judge instructed himself according to the correct legal test, he may have turned his mind to the fact that there was little evidence supporting the proposition that an unexplained accident formed part of the officer's grounds. This might very well have affected the trial judge's conclusion on the admissibility inquiry.

30 I therefore agree with the dissenting reasons of Slatter J.A. I would allow the appeal, set aside the conviction and order a new trial on the charge of operating a motor vehicle while having more than 80 mg of alcohol per 100 ml of blood. In addition, because the blood alcohol readings formed an

lesquels l'agent Stevens a fondé sa demande. Si ce dernier avait parlé de ce qu'il avait observé sur les lieux de l'accident, et s'il s'était appuyé en partie sur les inférences tirées de ces observations pour faire sa demande, la situation aurait pu être différente. Mais l'agent Stevens n'a jamais dit qu'un [TRADUCTION] « accident sans autre cause manifeste » figurait parmi les motifs qui l'avaient amené à croire qu'une infraction avait été commise. De plus, la preuve révèle que, au moment où il a arrêté M. Rhyason et lui a ordonné de fournir des échantillons d'haleine pour fins d'analyse, l'agent était sur les lieux depuis environ deux minutes. Hormis le fait qu'il avait été informé que le piéton était décédé, rien n'indique que l'agent avait reçu quelque renseignement que ce soit au sujet de la façon dont l'accident s'était produit. Ce qui est en cause en l'espèce, ce sont les motifs raisonnables *de l'agent au moment où il a fait la demande*, et non les inférences qui peuvent être tirées après coup de la preuve présentée au procès.

La question soulevée dans le cadre de la demande d'exclusion des échantillons d'haleine restait donc entière : l'agent Stevens devait-il se fonder sur d'autres éléments en plus de la preuve de consommation d'alcool pour appuyer ses motifs raisonnables d'exiger un échantillon d'haleine? On ne peut répondre à cette question que par l'affirmative. Le juge du procès a erronément répondu non au par. 24 M.V.R. Compte tenu du contexte et de l'ensemble de ses motifs, je ne saurais attribuer à la décision du juge du procès sur cette question juridique fondamentale une autre signification que celle conférée par les termes clairs qu'il a employés. S'il avait appliqué le bon critère juridique, le juge du procès aurait pu se rendre compte du fait qu'il existait peu d'éléments de preuve appuyant la thèse voulant qu'un accident inexpliqué ait figuré parmi les motifs de l'agent. Cela aurait très bien pu avoir une incidence sur sa conclusion quant à l'admissibilité.

Je souscris donc à l'opinion dissidente du juge Slatter. Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement au chef d'accusation de conduite d'un véhicule à moteur en ayant une alcoolémie supérieure à 80 mg d'alcool par 100

integral part of the evidentiary basis for convicting Mr. Rhyason of impaired driving causing death, I would, like Slatter J.A., set aside the conviction and order a new trial on that charge as well.

ml de sang. De plus, puisque les taux d'alcoolémie faisaient partie intégrante du fondement de preuve nécessaire pour déclarer M. Rhyason coupable de conduite avec facultés affaiblies causant la mort, je suis d'avis, comme le juge Slatter, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement à ce chef d'accusation également.

Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. *and* BINNIE, FISH *and* CHARRON JJ. *dissenting.*

Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN *et les juges* BINNIE, FISH *et* CHARRON *sont dissidents.*

Solicitors for the appellant: Gunn & Prithipaul, Edmonton.

Procureurs de l'appelant : Gunn & Prithipaul, Edmonton.

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

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

Alliance for Marriage and Family *Applicant*

v.

A.A., B.B., C.C. and D.D. *Respondents*

and

Family Service Association of Toronto and Melissa Drake Rutherford *Interveners*

INDEXED AS: ALLIANCE FOR MARRIAGE AND FAMILY *v.* A.A.

Neutral citation: 2007 SCC 40.

File No.: 31895.

2007: September 13.

Present: LeBel J.

MOTION FOR AN ORDER TO ADD PARTIES

Civil procedure — Addition of parties — Supreme Court of Canada — Intervener in Court of Appeal requesting to be added as a party to bring an application for leave to appeal — Parties in Court of Appeal not wishing to continue litigation — Motion dismissed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 18(5).

Cases Cited

Referred to: *Canadian Pacific Ltd. v. Montreal Urban Community*, [2001] 3 S.C.R. 426, 2001 SCC 74; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236.

Statutes and Regulations Cited

Children's Law Reform Act, R.S.O. 1990, c. C.12, s. 4(1).

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, Rule 18(5).

MOTION for an order to add a party to bring an application for leave to appeal a judgment of the Ontario Court of Appeal (McMurtry C.J.O.

Alliance for Marriage and Family *Requérante*

c.

A.A., B.B., C.C. et D.D. *Intimés*

et

Family Service Association of Toronto et Melissa Drake Rutherford *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : ALLIANCE FOR MARRIAGE AND FAMILY *c.* A.A.

Référence neutre : 2007 CSC 40.

N° du greffe : 31895.

2007 : 13 septembre.

Présent : Le juge LeBel.

REQUÊTE EN AJOUT DE PARTIES

Procédure civile — Ajout de parties — Cour suprême du Canada — Intervenante en Cour d'appel demandant à être ajoutée comme partie pour présenter une demande d'autorisation d'appel — Parties en Cour d'appel ne souhaitant pas poursuivre l'instance — Requête rejetée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 18(5).

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Canadien Pacifique Ltée c. Communauté urbaine de Montréal*, [2001] 3 R.C.S. 426, 2001 CSC 74; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236.

Lois et règlements cités

Loi portant réforme du droit de l'enfance, L.R.O. 1990, ch. C.12, art. 4(1).

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 18(5).

REQUÊTE en ajout de partie en vue de présenter une demande d'autorisation d'appel contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en

and Labrosse and Rosenberg JJ.A.) (2007), 83 O.R. (3d) 561, 220 O.A.C. 115, 150 C.R.R. (2d) 110, 35 R.F.L. (6th) 1, [2007] O.J. No. 2 (QL), 2007 ONCA 2, reversing a judgment of Aston J. (2003), 225 D.L.R. (4th) 371, 38 R.F.L. (5th) 1, [2003] O.J. No. 1215 (QL). Motion dismissed.

Robert W. Staley, *Ranjan K. Agarwal* and *Michael A. Menear*, for the applicant.

Peter R. Jervis and *Jennifer C. Mathers*, for the respondent A.A.

Alfred A. Mamo, for the respondent B.B.

Clare E. Burns and *Katherine Kavassalis*, for the respondent D.D.

Bradley E. Berg, for the intervener the Family Service Association of Toronto.

Martha McCarthy and *Joanna L. Radbord*, for the intervener Melissa Drake Rutherford.

The following are the reasons delivered by

LeBel J. — The Alliance for Marriage and Family (the "Alliance"), a coalition of five organizations that support traditional forms of marriage and family, seeks to be added as a party under Rule 18(5) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156. It intends to ask for leave to appeal a judgment of the Ontario Court of Appeal in which that court held that two lesbian partners could both be considered as mothers of a child born to one of them (*A.A. v. B.B.* (2007), 83 O.R. (3d) 561, 2007 ONCA 2). As a result of that judgment, the child, D.D., has two mothers, C.C. (the biological mother) and A.A. (C.C.'s partner), and a father, B.B. (the biological father).

The proceedings in this Court began with an application for leave to appeal by the Alliance, which was an intervener in the Court of Appeal. One of the respondents challenged the Alliance's standing, hence its application under Rule 18(5).

chef McMurtry et les juges Labrosse et Rosenberg) (2007), 83 O.R. (3d) 575, 220 O.A.C. 115, 150 C.R.R. (2d) 110, 35 R.F.L. (6th) 1, [2007] O.J. No. 2 (QL), 2007 ONCA 2, qui a infirmé un jugement du juge Aston (2003), 225 D.L.R. (4th) 371, 38 R.F.L. (5th) 1, [2003] O.J. No. 1215 (QL). Requête rejetée.

Robert W. Staley, *Ranjan K. Agarwal* et *Michael A. Menear*, pour la requérante.

Peter R. Jervis et *Jennifer C. Mathers*, pour l'intimée A.A.

Alfred A. Mamo, pour l'intimé B.B.

Clare E. Burns et *Katherine Kavassalis*, pour l'intimé D.D.

Bradley E. Berg, pour l'intervenante Family Service Association of Toronto.

Martha McCarthy et *Joanna L. Radbord*, pour l'intervenante Melissa Drake Rutherford.

Version française des motifs rendus par

Le juge LeBel — Alliance for Marriage and Family (« Alliance »), une coalition de cinq organismes qui appuient les formes traditionnelles du mariage et de la famille, demande à être ajoutée à la procédure en tant que partie en vertu du par. 18(5) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156. Elle entend demander l'autorisation de se pourvoir contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans lequel cette dernière a conclu que deux conjointes du même sexe peuvent être considérées comme mères d'un enfant auquel l'une d'elles a donné naissance (*A.A. c. B.B.* (2007), 83 O.R. (3d) 575, 2007 ONCA 2). À la suite de ce jugement, l'enfant — D.D. — possède maintenant deux mères, C.C. (la mère biologique) et A.A. (la conjointe de C.C.), ainsi qu'un père, B.B. (le père biologique). 1

Les procédures devant notre Cour ont commencé par une demande d'autorisation d'appel présentée par Alliance, qui était intervenante en Cour d'appel. L'une des parties intimées a contesté la qualité d'Alliance pour agir, d'où la requête présentée par cette dernière en vertu du par. 18(5) des Règles. 2

3 Before turning to the merits of the application, I will summarize the background of the matter. A.A. and C.C. are long-time partners. They decided that one of them would have a child, but agreed that both of them, not just the biological mother, should be the child's mothers. The father, B.B., wished to be recognized as the father of the child, who would therefore have three parents.

4 After the child was born, A.A. with the consent of C.C. and B.B., applied under s. 4(1) of the Ontario *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C.12 ("CLRA"), for a declaration that she was a parent within the meaning of the CLRA. Despite the consent of the biological father and mother, the Superior Court of Justice dismissed the application ((2003), 225 D.L.R. (4th) 371), holding that it had no power to grant such a declaration, either under the CLRA or under its *parens patriae* jurisdiction. The Alliance had sought to intervene in the Superior Court, but its motion for leave to intervene was dismissed in light of the dismissal of A.A.'s application.

5 A.A. appealed to the Ontario Court of Appeal, which reversed the Superior Court's judgment. The Court of Appeal granted A.A.'s application, but solely under the *parens patriae* jurisdiction of the courts. The Alliance was granted leave to intervene in the Court of Appeal, where it opposed A.A.'s appeal. The Attorney General of Ontario took no part in the appeal and declined to take a position in the proceedings. As a result, the Court of Appeal appointed an *amicus curiae*, who supported A.A. in respect of the scope of the inherent *parens patriae* jurisdiction of the court.

6 None of the three parents is challenging the Court of Appeal's judgment. Neither is the Attorney General of Ontario doing so. In these circumstances, the Alliance is relying on Rule 18(5) to try to bring the matter before this Court and to avoid a situation in which the Court of Appeal's judgment would, to use the Alliance's word, be "unappealable".

Avant de considérer le mérite de la requête, je vais résumer les faits à l'origine de celle-ci. Conjointes depuis longtemps, A.A. et C.C. ont décidé que l'une d'elles aurait un enfant, convenant qu'elles seraient toutes deux mères de l'enfant et que non pas seulement la mère biologique serait considérée comme telle. Le père, B.B., souhaitait être reconnu comme étant le père de l'enfant, qui posséderait ainsi trois parents.

Après la naissance de l'enfant, A.A. a présenté, avec le consentement de C.C. et de B.B., une requête fondée sur le par. 4(1) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, ch. C.12 (« LRDE »), en vue d'obtenir une ordonnance déclaratoire lui reconnaissant un lien de filiation au sens de la LRDE. Malgré le consentement du père et de la mère biologiques, la Cour supérieure de justice a rejeté cette requête ((2003), 225 D.L.R. (4th) 371), concluant qu'elle n'avait pas le pouvoir d'accorder une telle ordonnance déclaratoire, que ce soit en vertu de la LRDE ou en vertu de sa compétence *parens patriae*. Alliance avait demandé à intervenir devant la Cour supérieure, mais elle avait été déboutée de sa demande vu le rejet de la requête de A.A.

A.A. a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a infirmé le jugement de la Cour supérieure. La Cour d'appel a accueilli la requête de A.A., se fondant exclusivement sur la compétence *parens patriae* des tribunaux. Alliance a obtenu l'autorisation d'intervenir en Cour d'appel, où elle a contesté l'appel de A.A. Le procureur général de l'Ontario n'a pas participé à l'appel et a refusé de prendre position dans l'instance. Par conséquent, la Cour d'appel a désigné un *amicus curiae*, qui a appuyé A.A. quant à la portée de la compétence *parens patriae* inhérente de la cour.

Aucun des trois parents ne conteste l'arrêt de la Cour d'appel. Le procureur général de l'Ontario ne le fait pas non plus. Dans ces circonstances, Alliance invoque le par. 18(5) des Règles pour tenter de soumettre la question à notre Cour et d'éviter que l'arrêt de la Cour d'appel devienne [TRADUCTION] « insusceptible d'appel », pour reprendre l'expression d'Alliance.

In my opinion, the Alliance's application must fail. Under a proper interpretation of Rule 18(5), the Alliance does not have standing to be added as a party in order to qualify to apply for leave to appeal.

The question raised by the application under Rule 18(5) is not whether the underlying application for leave to appeal involves issues worthy of consideration by this Court or whether the Court of Appeal's judgment is well founded. Neither of these issues is before me and I do not intend to be understood to be expressing any views on these aspects of the litigation. I will limit my comments to the procedural issue of the interpretation and application of Rule 18(5).

This Court's procedure is flexible, but that flexibility has its limits. What the applicant is attempting to do is to substitute itself for the Attorney General in order to bring important legal questions relating to the development and application of the law before this Court. As we have seen, neither the Attorney General nor the immediate parties intend, for reasons of their own, to contest the Court of Appeal's judgment. The applicant is certainly concerned about the impact of that judgment. Nevertheless, it was merely an intervener in the Court of Appeal, there to defend its view of the development of family law, but it had no specific interest in the outcome of the litigation.

This Court has never allowed a private applicant under Rule 18(5) to *revive* litigation in which it had no personal interest. None of the precedents relied upon by the applicant involved the substitution or addition of a party that did not have a specific personal interest in the outcome of the litigation.

For example, in *Canadian Pacific Ltd. v. Montreal Urban Community*, [2001] 3 S.C.R. 426, 2001 SCC 74, the applicant presented the opposing position in the courts below, and was granted *respondent* party status in order to fully inform

À mon avis, la requête d'Alliance doit être rejetée. Suivant l'interprétation qu'il convient de donner du par. 18(5) des Règles, Alliance n'a pas qualité pour être ajoutée comme partie à la procédure et ainsi être admise à demander l'autorisation d'appeler. 7

La question que soulève la requête fondée sur le par. 18(5) des Règles n'est pas de savoir si la demande d'autorisation d'appel sous-jacente soulève elle-même des questions qui méritent d'être examinées par notre Cour, ou si l'arrêt de la Cour d'appel est bien fondé. Aucune de ces questions ne m'est soumise et je ne veux pas que l'on croie que j'exprime quelque opinion sur ces aspects du litige. Je vais commenter uniquement la question procédurale touchant l'interprétation et l'application du par. 18(5) des Règles. 8

La procédure de notre Cour est souple, mais cette souplesse conserve des limites. Ce que la requérante tente de faire, c'est de se substituer au procureur général dans le but de soumettre à notre Cour des questions juridiques importantes touchant l'évolution et l'application du droit. Comme nous l'avons vu, pour des raisons qui leur sont propres, ni le procureur général ni les parties directement concernées n'entendent contester l'arrêt de la Cour d'appel. La requérante est certes préoccupée par les conséquences de cet arrêt. Néanmoins, elle était simplement intervenante devant la Cour d'appel, où elle a défendu son point de vue sur l'évolution du droit de la famille, mais elle ne possédait aucun intérêt particulier dans l'issue du litige. 9

Notre Cour n'a jamais autorisé un particulier à *faire renaître*, en vertu du par. 18(5) des Règles, une instance dans laquelle il ne possédait aucun intérêt personnel. Aucune des décisions antérieures invoquées par la requérante ne portait sur la substitution ou l'adjonction d'une partie n'ayant aucun intérêt personnel particulier dans l'issue du litige. 10

Par exemple, dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Communauté urbaine de Montréal*, [2001] 3 R.C.S. 426, 2001 CSC 74, la requérante avait présenté le point de vue opposé devant les juridictions inférieures et s'était vu accorder le statut 11

this Court on the issues raised in an already existing application for leave to appeal, where none of the respondents below wished to debate the merits of that application. In *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, the applicants were former employees who had a direct interest in the outcome of the litigation discontinued by the Ontario Ministry of Labour. In *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, the Canadian Human Rights Commission had been a full party in the proceedings before the Canadian Human Rights Tribunal and the issues engaged the interpretation of the Commission's enabling statute.

de partie *intimée* afin d'informer de façon complète notre Cour sur les questions soulevées dans une demande d'autorisation d'appel déjà présentée, alors qu'aucun des intimés devant la Cour d'appel ne voulait débattre le bien-fondé de cette demande. Dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, les requérants étaient d'anciens employés qui possédaient un intérêt direct dans l'issue de l'instance dont le ministre du Travail de l'Ontario s'était désisté. Dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, la Commission canadienne des droits de la personne était une partie à part entière à l'instance devant le Tribunal canadien des droits de la personne et les questions en litige mettaient en cause l'interprétation de la loi habilitante de la Commission.

12 In addition, the applicant does not explain in its application how it meets the test for public interest standing from *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236. It merely states that the judgment will be otherwise "unappealable".

De plus, la requérante n'explique pas dans sa requête comment elle satisfait au critère régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public, critère établi dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236. Elle affirme simplement que le jugement deviendra « insusceptible d'appel » sans la mesure qu'elle demande.

13 For these reasons, in the circumstances, I am dismissing the application without costs.

Pour les motifs qui précèdent, eu égard aux circonstances, je rejette la requête sans dépens.

Motion dismissed.

Requête rejetée.

Solicitors for the applicant: Bennett Jones, Toronto; Menear Worrad & Associates, London.

Procureurs de la requérante : Bennett Jones, Toronto; Menear Worrad & Associates, London.

Solicitors for the respondent A.A.: Lerners, Toronto.

Procureurs de l'intimée A.A. : Lerners, Toronto.

Solicitors for the respondent B.B.: Mamo & Associates, London.

Procureurs de l'intimé B.B. : Mamo & Associates, London.

Solicitor for the respondent D.D.: Office of the Children's Lawyer, Toronto.

Procureur de l'intimé D.D. : Bureau de l'avocat des enfants, Toronto.

Solicitors for the intervener the Family Service Association of Toronto: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Family Service Association of Toronto : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the intervener Melissa Drake Rutherford: Martha McCarthy & Co., Toronto.

Procureurs de l'intervenante Melissa Drake Rutherford : Martha McCarthy & Co., Toronto.

Jason George Hill *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board, Jack Loft, Andrea McLaughlin, Joseph Stewart, Ian Matthews and Terry Hill *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Association in Defence of the Wrongly Convicted, Canadian Association of Chiefs of Police, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Canadian Civil Liberties Association, Canadian Police Association and Police Association of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: HILL *v.* HAMILTON-WENTWORTH REGIONAL POLICE SERVICES BOARD

Neutral citation: 2007 SCC 41.

File No.: 31227.

2006: November 10; 2007: October 4.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Negligence — Duty of care — Police investigation — Whether police owe duty of care to suspects in criminal investigations — If so, standard of care required by police investigating a suspect — Whether police officers' conduct in investigating suspect was negligent.

Police — Investigation — Negligence — Whether Canadian law recognizes tort of negligent investigation.

Jason George Hill *Appelant/Intimé au pourvoi incident*

c.

Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth, Jack Loft, Andrea McLaughlin, Joseph Stewart, Ian Matthews et Terry Hill *Intimés/Appelants au pourvoi incident*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Association in Defence of the Wrongly Convicted, Association canadienne des chefs de police, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association canadienne des libertés civiles, Association canadienne des policiers et Police Association of Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : HILL *c.* COMMISSION DES SERVICES POLICIERS DE LA MUNICIPALITÉ RÉGIONALE DE HAMILTON-WENTWORTH

Référence neutre : 2007 CSC 41.

N° du greffe : 31227.

2006 : 10 novembre; 2007 : 4 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Enquête policière — Dans une enquête criminelle, le policier a-t-il une obligation de diligence envers un suspect? — Dans l'affirmative, à quelle norme de diligence le policier doit-il satisfaire lorsqu'il enquête sur un suspect? — Les policiers ont-ils fait preuve de négligence dans l'enquête relative au suspect?

Police — Enquête — Négligence — Le délit d'enquête négligente est-il reconnu en droit canadien?

H was investigated by the police, arrested, tried, wrongfully convicted, and ultimately acquitted after spending more than 20 months in jail for a crime he did not commit. Police officers suspected that H had committed 10 robberies. The evidence against H included a tip, a police officer's photo identification of H, eyewitness identifications, a potential sighting of H near the site of one of the robberies, and witness statements that the robber was aboriginal. During their investigation, the police released H's photo to the media. They also asked witnesses to identify the robber from a photo lineup consisting of H, who is an aboriginal person, and 11 similar-looking Caucasian foils. The police, however, also had information that two Hispanic men, one of whom looks like H, were the robbers. Two similar robberies occurred while H was in custody. H was charged with 10 counts of robbery but 9 charges were withdrawn before trial. Trial proceeded on the remaining charge because two eyewitnesses remained steadfast in their identifications of H. H was found guilty of robbery. He appealed and a new trial was ordered. H was acquitted at the second trial and brought a civil action that included a claim in negligence against the police based on the conduct of their investigation. The trial judge dismissed the claim in negligence and H appealed. The Court of Appeal unanimously recognized the tort of negligent investigation, however a majority of the court held that the police were not negligent in their investigation. In this Court, H appealed from the finding that the police were not negligent. The respondents cross-appealed from the finding that there is a tort of negligent investigation.

Held (Bastarache, Charron and Rothstein JJ. dissenting on the cross-appeal): The appeal and the cross-appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.: The police are not immune from liability under the law of negligence and the tort of negligent investigation exists in Canada. Police officers owe a duty of care to suspects. Their conduct during an investigation should be measured against the standard of how a reasonable officer in like circumstances would have acted. Police officers may be accountable for harm resulting to a suspect if they fail to meet this standard. In this case, the police officers' conduct, considered in light of police practices at the time, meets the standard of a reasonable officer in similar circumstances and H's claim in negligence is not made out. [3] [74] [77]

H a fait l'objet d'une enquête policière. Il a été arrêté, jugé, puis déclaré coupable à tort, pour finalement être acquitté après plus de 20 mois d'incarcération pour un crime qu'il n'avait pas commis. Les policiers le soupçonnaient de 10 vols qualifiés. La preuve dont ils disposaient contre lui comprenait une dénonciation, l'identification par un policier à partir d'une photo, l'identification par des témoins oculaires, la possibilité qu'un policier ait aperçu H près du lieu de l'un des vols et la déposition d'un témoin selon lequel le voleur était autochtone. Au cours de l'enquête, les policiers ont transmis la photo de H aux médias. Ils ont également demandé aux témoins d'identifier le voleur à partir d'une série de photos — celles de H, un Autochtone, et de onze Blancs lui ressemblant. Or, ils avaient par ailleurs obtenu une information selon laquelle les voleurs étaient deux hommes d'origine hispanique, dont l'un ressemblait à H. Deux vols qualifiés ont été perpétrés de semblable manière pendant que H était sous les verrous. H a été inculpé de 10 vols qualifiés, mais 9 des accusations ont été retirées avant le procès. H a subi son procès pour l'accusation restante, car deux témoins oculaires affirmaient toujours le reconnaître. Il a été déclaré coupable de vol qualifié. Il a interjeté appel, et un nouveau procès a été ordonné. Acquitté à l'issue du deuxième procès, H a intenté une action au civil alléguant notamment la négligence des policiers lors de l'enquête. Le juge de première instance a rejeté l'action pour négligence, et H a porté sa décision en appel. Les juges de la Cour d'appel ont tous conclu à l'existence du délit d'enquête négligente. Cependant, la majorité d'entre eux ont statué que les policiers n'avaient pas fait preuve de négligence dans l'enquête, et H conteste cette conclusion devant notre Cour. Dans leur pourvoi incident, les intimés nient l'existence du délit d'enquête négligente.

Arrêt (les juges Bastarache, Charron et Rothstein sont dissidents quant au pourvoi incident) : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Abella : Le policier n'est pas à l'abri de la responsabilité délictuelle, et le délit d'enquête négligente existe au Canada. Le policier a une obligation de diligence envers le suspect. Ses actes en cours d'enquête doivent être appréciés selon la norme du policier raisonnable placé dans la même situation. Il peut être tenu responsable du préjudice infligé au suspect s'il ne satisfait pas à cette norme. En l'espèce, les actes des policiers, au regard des pratiques policières de l'époque, satisfont à la norme du policier raisonnable placé dans la même situation, et la négligence alléguée par H n'est pas établie. [3] [74] [77]

A person owes a duty of care to another person if the relationship between the two discloses sufficient foreseeability and proximity to establish a *prima facie* duty of care. In the very particular relationship between the police and a suspect under investigation, reasonable foreseeability is clearly made out because a negligent investigation may cause harm to the suspect. Establishing proximity generally involves examining factors such as the parties' expectations, representations, reliance and property or other interests. There is sufficient proximity between police officers and a particularized suspect under investigation to recognize a *prima facie* duty of care. The relationship is clearly personal, close and direct. A suspect has a critical personal interest in the conduct of an investigation. No other tort provides an adequate remedy for negligent police investigations. The tort is consistent with the values of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and fosters the public's interest in responding to failures of the justice system. [21] [24-25] [31-39]

Une personne a envers autrui une obligation de diligence lorsque la relation révèle une prévisibilité et une proximité suffisantes pour établir une obligation de diligence *prima facie*. L'exigence de la prévisibilité raisonnable est clairement remplie dans le cas de la relation très particulière qui existe entre le policier et le suspect sous enquête, car une enquête négligente peut causer un préjudice au suspect. La détermination d'un lien de proximité suppose généralement l'examen d'éléments comme les attentes des parties, les déclarations, la confiance, les biens en cause ou les autres intérêts en jeu. Il existe entre le policier et le suspect sous enquête un lien de proximité suffisant pour que soit reconnue une obligation de diligence *prima facie*. La relation est clairement personnelle, étroite et directe. Le suspect a un intérêt personnel considérable dans le déroulement de l'enquête. Aucun autre délit n'offre de réparation adéquate en cas d'enquête policière négligente. Le délit proposé est compatible avec les valeurs de la *Charte canadienne des droits et libertés* et défend l'intérêt public en remédiant aux ratés du système de justice. [21] [24-25] [31-39]

No compelling policy reasons negate the duty of care. Investigating suspects does not require police officers to make quasi-judicial decisions as to legal guilt or innocence or to evaluate evidence according to legal standards. The discretion inherent in police work is not relevant to whether a duty of care arises, although it is relevant to the standard of care owed to a suspect. Police officers are not unlike other professionals who exercise levels of discretion in their work but who are subject to a duty of care. Recognizing a duty of care will not raise the reasonable and probable grounds standard required for certain police conduct such as arrest, prosecution, search and seizure. The record does not establish that recognizing the tort will change the behaviour of the police, cause officers to become unduly defensive or lead to a flood of litigation. The burden of proof on a plaintiff and a defendant's right of appeal provide safeguards against any risk that a plaintiff acquitted of a crime, but in fact guilty of the crime, may recover against an officer for negligent investigation. [50-51] [53] [55] [61-65]

Aucune considération de politique générale ne justifie d'écarter l'obligation de diligence. Lorsqu'il enquête sur un suspect, le policier n'a pas à prendre de décisions quasi judiciaires quant à la culpabilité ou à l'innocence de l'intéressé ni à soupeser la preuve en fonction de normes juridiques. Le pouvoir discrétionnaire inhérent au travail policier n'est pas pris en considération pour déterminer si l'obligation de diligence existe ou non, mais bien pour formuler la norme de diligence applicable à l'égard du suspect. Le policier n'est pas différent des autres professionnels qui, dans leur travail, jouissent d'un pouvoir discrétionnaire tout en ayant une obligation de diligence. L'imposition au policier d'une obligation de diligence n'aura pas pour effet de l'assujettir à une norme plus stricte que celle des motifs raisonnables et probables qui s'applique à certaines mesures policières telles que l'arrestation, l'inculpation, la fouille, la perquisition ou la saisie. Le dossier ne permet pas de conclure que la reconnaissance du délit proposé modifiera le comportement des policiers et les incitera à faire preuve de précaution excessive, ni qu'elle donnera lieu à d'innombrables poursuites. Le fardeau de la preuve du demandeur et le droit d'appel du défendeur constituent des garanties contre le risque qu'une personne acquittée d'un crime qu'elle a en fait commis poursuive les policiers pour enquête négligente et obtienne une indemnité. [50-51] [53] [55] [61-65]

The standard of care of a reasonable police officer in similar circumstances should be applied in a manner that gives due recognition to the discretion inherent in police investigation. Police officers may make minor

La norme de diligence du policier raisonnable placé dans la même situation devrait s'appliquer de manière à bien reconnaître le pouvoir discrétionnaire inhérent à l'enquête policière. Le policier peut, sans enfreindre

errors or errors in judgment without breaching the standard. This standard is flexible, covers all aspects of investigatory police work, and is reinforced by the nature and importance of police investigations. [68-73]

To establish a cause of action for negligent police investigation, the plaintiff must show that he or she suffered compensable damage and a causal connection to a breach of the standard of care owed to him or her. Lawful pains and penalties imposed on a guilty person do not constitute compensable loss. The limitation period for negligent investigation begins to run when the cause of action is complete and the harmful consequences result. This occurs when it is clear that the suspect has suffered compensable harm. In this case, the limitation period did not start to run until H was acquitted of all charges of robbery. [90-98]

The respondents' conduct in relation to H, considered in light of police practices at the time, meets the standard of a reasonable officer in similar circumstances. The publication of H's photo, incomplete records of witness interviews, interviewing two witnesses together, and failing to blind-test photos are not good practices by today's standards but the evidence does not establish that a reasonable officer at the time would not have followed similar practices or that H would not have been charged and convicted if these incidents had not occurred. The trial judge accepted expert evidence that there were no rules governing photo lineups and a great deal of variation of practice at the time. It was established that the photo lineup's racial composition did not lead to unfairness. After H was arrested, credible evidence continued to support the charge against H and Crown prosecutors had assumed responsibility for the file. It has not been established that a reasonable police officer in either a supporting or a lead investigator's role, in the circumstances, would have intervened to halt the case. [74] [78-81] [86] [88]

Per Bastarache, Charron and Rothstein JJ. (dissenting on the cross-appeal): The tort of negligent investigation should not be recognized in Canada. A private duty of care owed by the police to suspects would necessarily conflict with an officer's overarching public duty to investigate crime and apprehend offenders. This alone defeats the claim that there is a relationship of proximity between the parties sufficient to give rise to

la norme, commettre des erreurs ou des écarts de jugement mineurs. Il s'agit d'une norme souple valant pour tous les aspects du travail d'enquête du policier, et tant la nature que l'importance des enquêtes policières confirment son application. [68-73]

L'existence d'une cause d'action pour enquête policière négligente repose sur la preuve d'un préjudice indemnisable et d'un lien de causalité avec l'inobservation de la norme de diligence applicable à son bénéfice. La peine ou la sanction légalement infligée à la personne déclarée coupable ne constitue pas un préjudice indemnisable. Le délai de prescription pour enquête négligente court dès que sont réunis tous les éléments de la cause d'action et que se manifestent les conséquences préjudiciables. Cela ne se produit que lorsqu'il est clair que le suspect a subi un préjudice indemnisable. Dans la présente affaire, le délai de prescription n'a commencé à courir que lorsque H a été acquitté de tous les chefs de vol qualifié. [90-98]

Les actes des intimés vis-à-vis de H, eu égard aux pratiques policières de l'époque, satisfont à la norme du policier raisonnable placé dans la même situation. La publication de la photo de H, la consignation plus ou moins complète des interrogatoires des témoins, l'interrogatoire de deux témoins en présence l'un de l'autre et l'omission de confier à un policier désintéressé la tenue de la séance d'identification photographique constituent, eu égard aux exigences actuelles, des procédés inacceptables, mais la preuve n'établit pas qu'un policier raisonnable n'y aurait pas eu recours à l'époque, ni que H n'aurait pas été inculpé et déclaré coupable n'eût été ces mesures. Le juge de première instance a retenu le témoignage d'un expert selon lequel la tenue d'une séance d'identification photographique n'était alors soumis à aucune règle et la procédure suivie variait considérablement. Il a été établi que la composition raciale de la série de photos présentée n'a pas créé d'injustice. Après l'arrestation de H, une preuve digne de foi étayait toujours l'accusation portée contre lui, et le poursuivant avait pris le relais. Il n'a pas été démontré que, dans les circonstances, un policier raisonnable dirigeant l'enquête ou y participant serait intervenu pour que l'affaire soit mise en veilleuse. [74] [78-81] [86] [88]

Les juges Bastarache, Charron et Rothstein (dissidents quant au pourvoi incident) : Le délit d'enquête négligente ne devrait pas être reconnu au Canada. Si le policier se voyait imposer une obligation de diligence de droit privé envers le suspect, celle-ci entrerait nécessairement en conflit avec son devoir primordial envers le public d'enquêter sur les crimes et d'arrêter les contrevenants. Cette conséquence réfute à elle seule

a *prima facie* duty of care. Even if a *prima facie* duty of care were found to exist, that duty should be negatived on residual policy grounds. The recognition of this tort would have significant consequences for other legal obligations and would detrimentally affect the legal system and society more generally. In light of the conclusion that the tort of negligent investigation is not available at common law, the action was properly dismissed by the courts below. [112-113] [187]

There is no question that the police owe a duty to the public to investigate crime. Determining whether this translates into a private duty owed to suspects under investigation requires examining reasonable foreseeability and proximity. The reasonable foreseeability requirement poses no barrier to finding a duty of care. A police investigator can readily foresee that a targeted suspect could be harmed as a result of the negligent conduct of an investigation. With respect to proximity, the analysis can usefully start with a search for analogous categories. This case does not fall directly or by analogy within any category of cases in which a duty of care has previously been recognized. The analogy made to victims of crime by the Court of Appeal does not hold. There is a crucial distinction between victims and suspects. Whereas a victim's interest is generally reconcilable with a police officer's duty to investigate crime, a suspect will always suffer some harm from being targeted in an investigation, even if ultimately exonerated. A suspect's interest in being left alone by the state is at odds with the fulfilment of the police officer's public duty to investigate crime. Outside Ontario, no court of common law jurisdiction has found a private law duty of care owed by police to suspects under investigation and in cases where the issue has arisen, courts have declined to recognize such a duty. Cases based on the *Civil Code of Québec* provide little assistance in deciding the present appeal. [116-119] [131] [135] [186]

The question at the next stage of the inquiry on proximity is whether the relationship is such as to make the imposition of legal liability for negligence appropriate. Although the relationship between a police officer and a suspect is sufficiently close and direct, other factors engaged by the relationship do not give rise to proximity. The critical factor which militates against recognizing a duty of care is the conflicting interests engaged by the relationship. Enforcing the criminal law is one of the most important aspects of maintaining law and

l'existence entre les parties d'un lien de proximité suffisant pour faire naître une obligation de diligence *prima facie*. Même si l'on concluait à l'existence d'une telle obligation, il faudrait l'écarter pour d'autres considérations de politique générale. La reconnaissance d'un tel délit aurait des répercussions importantes sur d'autres obligations légales et nuirait au système de justice ainsi qu'à la société en général. Comme le délit d'enquête négligente ne saurait exister en common law, les juridictions inférieures ont eu raison de rejeter l'action. [112-113] [187]

Il ne fait aucun doute que le policier a envers le public le devoir d'enquêter sur les crimes. Deux facteurs permettent de déterminer si ce devoir général fait naître une obligation de droit privé envers le suspect sous enquête : la prévisibilité raisonnable et le lien de proximité. L'exigence de la prévisibilité raisonnable n'empêche pas de conclure à l'existence d'une obligation de diligence. Un enquêteur de police peut facilement prévoir que le suspect pourrait subir un préjudice si l'enquête est menée avec négligence. En ce qui concerne le lien de proximité, il convient de rechercher d'abord une catégorie analogue. La présente affaire ne s'inscrit ni directement ni par analogie dans une catégorie pour laquelle l'existence d'une obligation de diligence a déjà été reconnue. L'analogie que fait la Cour d'appel avec la victime d'un acte criminel ne tient pas. Il existe une distinction fondamentale entre la victime et le suspect. Alors que l'intérêt de la victime est généralement conciliable avec l'obligation du policier d'enquêter sur les crimes, le suspect subit toujours un préjudice lorsqu'il fait l'objet d'une enquête, même s'il est innocenté au bout du compte. Le fait qu'il est dans l'intérêt du suspect de ne pas être importuné par l'État s'oppose à l'exécution de la fonction policière d'enquêter sur les crimes. Aucun tribunal de common law d'un autre ressort que l'Ontario n'a statué que le policier a une obligation de diligence de droit privé envers le suspect sous enquête, et les tribunaux saisis de la question ont refusé de reconnaître l'existence d'une telle obligation. Les décisions rendues sur le fondement du *Code civil du Québec* ne permettent guère de statuer en l'espèce. [116-119] [131] [135] [186]

La question qui se pose à l'étape suivante de l'examen relatif à la proximité est celle de savoir si la relation est de nature à justifier l'imputation d'une responsabilité pour négligence. La relation entre le policier et le suspect est suffisamment étroite et directe, mais d'autres facteurs qu'elle met en jeu ne permettent pas de conclure à la proximité. Le facteur déterminant qui milite contre la reconnaissance d'une obligation de diligence est celui des intérêts opposés mis en jeu par la relation. L'application du droit criminel est l'un des

order in a free society. Fulfilling this function often requires police officers to make decisions that might adversely affect the rights and interests of citizens. The fulfilment of this public duty necessarily collides with the individual's interest to be left alone by the state. The imposition on the police of a private duty to take reasonable care not to harm the individual would therefore inevitably pull the police away from targeting that individual as a suspect. The overly cautious approach that may result from the imposition of conflicting duties would seriously undermine society's interest in having the police investigate crime and apprehend offenders. This opposition of interests has been recognized in other countries as a sufficient reason not to impose a duty of care. [136-140] [142] [147]

Residual policy considerations also militate against the recognition of such a duty. The potential imposition of civil liability gives rise to a significant concern about the improper exercise of the police discretionary power to not engage the criminal process despite the existence of reasonable and probable grounds. Police discretion must be exercised solely to advance the public interest, not out of a fear of civil liability. The proposed tort also raises difficult questions of public policy with respect to identifying the wrongfully convicted for the purpose of compensation. A verdict of not guilty is not a factual finding of innocence. A choice would have to be made whether compensation is available to all who are acquitted or reserved to those who are factually innocent. The issue is most pertinent where, as here, the alleged wrong is the conduct of a substandard police investigation. A person who committed an offence may benefit from a botched-up investigation because a negligent investigation will often be the effective cause of an acquittal. Whichever approach is adopted, there may be unforeseen and undesirable ramifications in the criminal context. These considerations provide reason to be cautious about imposing on police officers a novel duty of care towards suspects. [148] [151] [156] [160-161] [167]

Furthermore, the ordinary negligence standard, even if linked to the reasonable and probable grounds standard, cannot easily co-exist with governing criminal standards. If the civil standard for liability is to be tailored to complement governing criminal standards, the presence of reasonable and probable grounds for laying

volets les plus importants du maintien de la loi et de l'ordre dans une société libre. Pour s'acquitter de cette fonction, le policier doit souvent prendre des décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits et les intérêts de citoyens. L'exécution de ce devoir public entre inévitablement en conflit avec l'intérêt du suspect à ne pas être importuné par l'État. S'il avait, en droit privé, l'obligation de prendre toute mesure raisonnable pour ne pas infliger un préjudice à une personne, le policier se retrouverait nécessairement soumis à des forces contraires au moment de considérer cette personne comme suspecte. La prudence excessive dont il pourrait alors faire preuve en raison de ses obligations contradictoires irait sérieusement à l'encontre de l'intérêt de la société à ce qu'il enquête sur les crimes et arrête les contrevenants. Des tribunaux étrangers ont vu dans cette opposition des intérêts en jeu un motif suffisant de ne pas imposer d'obligation de diligence. [136-140] [142] [147]

D'autres considérations de politique générale militent contre la reconnaissance de cette obligation. L'imputation éventuelle d'une responsabilité civile fait grandement craindre que le policier s'abstienne d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'engager le processus pénal même s'il a des motifs raisonnables et probables de le faire. Le policier doit exercer son pouvoir discrétionnaire uniquement pour défendre l'intérêt public, et non pour se soustraire à la responsabilité civile. Le délit proposé soulève également d'épineuses questions d'intérêt public lorsqu'il s'agit de déterminer si, pour les besoins d'une éventuelle indemnisation, une personne a été déclarée coupable à tort. Un verdict de nonculpabilité n'équivaut pas à une déclaration d'innocence réelle. Il faudra décider si toute personne acquittée, ou seulement celle qui est réellement innocente, aura droit à une indemnité. La question se pose particulièrement dans le cas où, comme en l'espèce, la faute alléguée consiste dans le non-respect de la norme applicable à l'enquête policière. Une personne ayant commis une infraction pourrait bénéficier du bâclage d'une enquête, car la négligence des enquêteurs sera souvent la cause véritable de l'acquittement. Dans un cas comme dans l'autre, il pourra en résulter des effets imprévus et non souhaitables dans le contexte criminel. Ces considérations appellent la prudence quant à l'assujettissement du policier à une nouvelle obligation de diligence envers le suspect. [148] [151] [156] [160-161] [167]

Par ailleurs, la norme de négligence habituelle, même liée à celle des motifs raisonnables et probables, ne saurait coexister facilement avec les normes applicables en matière criminelle. Pour que la norme de diligence applicable en matière civile soit délimitée de manière à s'harmoniser avec les normes applicables en matière

a charge must constitute a bar to any civil liability. It cannot be sufficient to show that investigative techniques used by the police were substandard. Rather, it must be established that the identification process was so flawed that it destroyed the reasonable and probable grounds for laying the charge. While the Court of Appeal agreed that the standard of care owed to suspects must be linked to the reasonable and probable grounds standard, none of the judges considered whether the charges were nonetheless laid on the basis of reasonable and probable grounds in their negligence analysis. The private nature of the tort of negligent investigation narrows the focus to the individual rights of the parties and loses sight of the broader public interests at stake. By contrast to the proposed action in negligence, the existing torts of false arrest, false imprisonment, malicious prosecution and misfeasance in public office do not give rise to these policy concerns. The recognition that the civil tort system is not the appropriate vehicle to provide compensation for the wrongfully convicted should not, however, be viewed as undermining the importance of achieving that goal. [169] [174-175] [180-181] [187]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; **discussed:** *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643, 2006 SCC 18; **referred to:** *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Jane Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 160 D.L.R. (4th) 697; *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474; *Brooks v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24; *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *Rufo v. Simpson*, 103 Cal. Rptr.2d 492 (2001); *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *R. v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Jauvin v. Procureur général du Québec*, [2004] R.R.A. 37; *Lacombe v. André*, [2003] R.J.Q. 720; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Folland v. Reardon* (2005), 74 O.R. (3d) 688; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26.

pénale, l'existence de motifs raisonnables et probables pour porter une accusation doit faire obstacle à toute responsabilité civile. Il ne saurait suffire de démontrer que la méthode d'enquête employée par les policiers ne respectait pas la norme applicable en la matière. Il faut plutôt établir que le processus d'identification était à ce point vicié qu'il a supprimé les motifs raisonnables et probables de porter l'accusation. La Cour d'appel a convenu que la norme de négligence applicable à l'égard du suspect devait être liée à celle des motifs raisonnables et probables, mais aucun des juges, dans son analyse relative à la négligence, ne s'est demandé si les accusations avaient néanmoins été portées sur le fondement de tels motifs. La nature privée du délit d'enquête négligente met l'accent sur les droits individuels des parties et fait perdre de vue l'intérêt public général en jeu. Contrairement au délit d'enquête négligente proposé, les délits existants d'arrestation illégale, de détention arbitraire, de poursuite abusive et de faute dans l'exercice d'une charge publique ne soulèvent pas ces considérations de politique générale. Conclure que le régime de la responsabilité délictuelle ne se prête pas à l'indemnisation des personnes déclarées coupables à tort d'un crime n'équivaut cependant pas à nier l'importance d'une telle réparation. [169] [174-175] [180-181] [187]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts appliqués : *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; **arrêt analysé :** *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643, 2006 CSC 18; **arrêts mentionnés :** *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Jane Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 160 D.L.R. (4th) 697; *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474; *Brooks c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24; *Hill c. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *Rufo c. Simpson*, 103 Cal.Rptr.2d 492 (2001); *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *R. c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Jauvin c. Procureur général du Québec*, [2004] R.R.A. 37; *Lacombe c. André*, [2003] R.J.Q. 720; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Folland c. Reardon* (2005), 74 O.R. (3d) 688; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26.

By Charron J. (dissenting on cross-appeal)

Anns v. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69; *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643, 2006 SCC 18; *Beckstead v. Ottawa (City) Chief of Police* (1997), 37 O.R. (3d) 62; *Reynen v. Canada* (1993), 70 F.T.R. 158; *McGillivary v. New Brunswick* (1994), 149 N.B.R. (2d) 311; *Al's Steak House & Tavern Inc. v. Deloitte & Touche* (1994), 20 O.R. (3d) 673; *Collie Woollen Mills Ltd. v. Canada* (1996), 107 F.T.R. 93; *Stevens v. Fredericton (City)* (1999), 212 N.B.R. (2d) 264; *Dix v. Canada (Attorney General)* (2002), 315 A.R. 1, 2002 ABQB 580; *Kleysen v. Canada (Attorney General)* (2001), 159 Man. R. (2d) 17, 2001 MBQB 205; *Avery v. Canada (Attorney General)*, [2004] N.B.J. No. 391 (QL), 2004 NBQB 372; *A.A.D. v. Tanner* (2004), 188 Man. R. (2d) 15, 2004 MBQB 213; *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238; *Alexandrou v. Oxford*, [1993] 4 All E.R. 328; *Osman v. Ferguson*, [1993] 4 All E.R. 344; *Cowan v. Chief Constable of the Avon and Somerset Constabulary*, [2001] E.W.J. No. 5088 (QL), [2001] EWCA Civ 1699; *Brooks v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24; *Calveley v. Chief Constable of the Merseyside Police*, [1989] 1 All E.R. 1025; *Emanuele v. Hedley* (1997), 137 F.L.R. 339; *Courtney v. State of Tasmania*, [2000] TASSC 83; *Wilson v. State of New South Wales* (2001), 53 N.S.W.L.R. 407, [2001] NSWSC 869; *Tame v. New South Wales* (2002), 191 A.L.R. 449, [2002] HCA 35; *Gruber v. Backhouse* (2003), 190 F.L.R. 122, [2003] ACTSC 18; *Duke v. State of New South Wales*, [2005] NSWSC 632; *Gregory v. Gollan*, [2006] NZHC 426; *Sullivan v. Moody* (2001), 183 A.L.R. 404, [2001] HCA 59; *Cran v. State of New South Wales* (2004), 62 N.S.W.L.R. 95, [2004] NSWCA 92, leave to appeal denied, [2005] HCA Trans 21; *Simpson v. Attorney General*, [1994] 3 N.Z.L.R. 667; *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (1949); *Thompson v. Olson*, 798 F.2d 552 (1986); *Kompare v. Stein*, 801 F.2d 883 (1986); *Kelly v. Curtis*, 21 F.3d 1544 (1994); *Orsatti v. New Jersey State Police*, 71 F.3d 480 (1995); *Schertz v. Waupaca County*, 875 F.2d 578 (1989); *Castle Rock v. Gonzales*, 125 S.Ct. 2796 (2005); *Jane Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 160 D.L.R. (4th) 697; *Jane Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1990), 72 D.L.R. (4th) 580; *Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Beaudry*, [2007] 1 S.C.R. 190, 2007 SCC 5; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *Lacombe v.*

Citée par la juge Charron (dissidente quant au pourvoi incident)

Anns c. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69; *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643, 2006 CSC 18; *Beckstead c. Ottawa (City) Chief of Police* (1997), 37 O.R. (3d) 62; *Reynen c. Canada*, [1993] A.C.F. nº 1028 (QL); *McGillivary c. Nouveau-Brunswick* (1994), 149 R.N.-B. (2e) 311; *Al's Steak House & Tavern Inc. c. Deloitte & Touche* (1994), 20 O.R. (3d) 673; *Collie Woollen Mills Ltd. c. Canada*, [1996] A.C.F. nº 193 (QL); *Stevens c. Fredericton (Ville)* (1999), 212 R.N.-B. (2e) 264; *Dix c. Canada (Attorney General)* (2002), 315 A.R. 1, 2002 ABQB 580; *Kleysen c. Canada (Attorney General)* (2001), 159 Man. R. (2d) 17, 2001 MBQB 205; *Avery c. Canada (Attorney General)*, [2004] A.N.-B. nº 391 (QL), 2004 NBQB 372; *A.A.D. c. Tanner* (2004), 188 Man. R. (2d) 15, 2004 MBQB 213; *Hill c. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238; *Alexandrou c. Oxford*, [1993] 4 All E.R. 328; *Osman c. Ferguson*, [1993] 4 All E.R. 344; *Cowan c. Chief Constable of the Avon and Somerset Constabulary*, [2001] E.W.J. No. 5088 (QL), [2001] EWCA Civ 1699; *Brooks c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24; *Calveley c. Chief Constable of the Merseyside Police*, [1989] 1 All E.R. 1025; *Emanuele c. Hedley* (1997), 137 F.L.R. 339; *Courtney c. State of Tasmania*, [2000] TASSC 83; *Wilson c. State of New South Wales* (2001), 53 N.S.W.L.R. 407, [2001] NSWSC 869; *Tame c. New South Wales* (2002), 191 A.L.R. 449, [2002] HCA 35; *Gruber c. Backhouse* (2003), 190 F.L.R. 122, [2003] ACTSC 18; *Duke c. State of New South Wales*, [2005] NSWSC 632; *Gregory c. Gollan*, [2006] NZHC 426; *Sullivan c. Moody* (2001), 183 A.L.R. 404, [2001] HCA 59; *Cran c. State of New South Wales* (2004), 62 N.S.W.L.R. 95, [2004] NSWCA 92, autorisation d'appel refusée, [2005] HCA Trans 21; *Simpson c. Attorney General*, [1994] 3 N.Z.L.R. 667; *Gregoire c. Biddle*, 177 F.2d 579 (1949); *Thompson c. Olson*, 798 F.2d 552 (1986); *Kompare c. Stein*, 801 F.2d 883 (1986); *Kelly c. Curtis*, 21 F.3d 1544 (1994); *Orsatti c. New Jersey State Police*, 71 F.3d 480 (1995); *Schertz c. Waupaca County*, 875 F.2d 578 (1989); *Castle Rock c. Gonzales*, 125 S.Ct. 2796 (2005); *Jane Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 160 D.L.R. (4th) 697; *Jane Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1990), 72 D.L.R. (4th) 580; *Dorset Yacht Co. c. Home Office*, [1970] A.C. 1004; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Beaudry*, [2007] 1 R.C.S. 190, 2007 CSC 5; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *Lacombe c.*

André, [2003] R.J.Q. 720; *Jauvin v. Procureur général du Québec*, [2004] R.R.A. 37.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 504, 548(1)(*a*), 696.1 to 696.6.
Police Act, R.S.A. 2000, c. P-17, s. 38(1).
Police Act, R.S.B.C. 1996, c. 367, s. 34(2).
Police Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-11, s. 5(2).
Police Act, R.S.Q., c. P-13.1, s. 48.
Police Act, S.N.B. 1977, c. P-9.2, s. 12(1).
Police Act, S.N.S. 2004, c. 31, ss. 30(1), 31(1).
Police Act, 1990, S.S. 1990-91, c. P-15.01, ss. 18, 19(1).
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, ss. 1, 42.
Provincial Police Act, R.S.M. 1987, c. P150, C.C.S.M. c. P150, s. 5.
Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7(1).
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1985, c. R-10, s. 18.
Royal Newfoundland Constabulary Act, 1992, S.N.L. 1992, c. R-17, s. 8(1).

Authors Cited

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV, 1769.
Canada. Department of Justice. *Guidelines: Compensation for Wrongfully Convicted and Imprisoned Persons*. Ottawa: Department of Justice, 1988.
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada*. Ottawa: The Commission, 1996.
Federal/Provincial/Territorial Heads of Prosecutions Committee Working Group. *Report on the Prevention of Miscarriages of Justice*. Ottawa: Department Justice, 2004.
Garrison, Arthur H. "Law Enforcement Civil Liability under Federal Law and Attitudes on Civil Liability: A Survey of University, Municipal and State Police Officers" (1995), 18 *Police Stud.* 19.
Hall, Daniel E., et al., "Suing cops and corrections officers: Officer attitudes and experiences about civil liability" (2003), 26 *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management* 529.
Hughes, Tom. "Police officers and civil liability: 'the ties that bind'?" (2001), 24 *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management* 240.

André, [2003] R.J.Q. 720; *Jauvin c. Procureur général du Québec*, [2004] R.R.A. 37.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 504, 548(1)*a*), 696.1 à 696.6.
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, ch. R-10, art. 18.
Loi sur la Police, L.N.-B. 1977, ch. P-9.2, art. 12(1).
Loi sur la police, L.R.Q., ch. P-13.1, art. 48.
Loi sur la Sûreté du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. P150, C.P.L.M. ch. P150, art. 5.
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 1, 42.
Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public, L.R.O. 1990, ch. P.38, art. 7(1).
Police Act, R.S.A. 2000, ch. P-17, art. 38(1).
Police Act, R.S.B.C. 1996, ch. 367, art. 34(2).
Police Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-11, art. 5(2).
Police Act, S.N.S. 2004, ch. 31, art. 30(1), 31(1).
Police Act, 1990, S.S. 1990-91, ch. P-15.01, art. 18, 19(1).
Royal Newfoundland Constabulary Act, 1992, S.N.L. 1992, ch. R-17, art. 8(1).

Doctrine citée

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV, 1769.
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*. Ottawa : La Commission, 1996.
Canada. Ministère de la Justice. *Lignes directrices d'indemnisation des personnes condamnées et emprisonnées à tort*. Ottawa : Ministère de la Justice, 1988.
Garrison, Arthur H. « Law Enforcement Civil Liability under Federal Law and Attitudes on Civil Liability : A Survey of University, Municipal and State Police Officers » (1995), 18 *Police Stud.* 19.
Groupe de travail du Comité fédéral/provincial/territorial des chefs des poursuites pénales. *Rapport sur la prévention des erreurs judiciaires*. Ottawa : Ministère de la Justice, 2004.
Hall, Daniel E., et al., « Suing cops and corrections officers : Officer attitudes and experiences about civil liability » (2003), 26 *Policing : An International Journal of Police Strategies & Management* 529.
Hughes, Tom. « Police officers and civil liability : "the ties that bind"? » (2001), 24 *Policing : An International Journal of Police Strategies & Management* 240.

Kaiser, H. Archibald. "Wrongful Conviction and Imprisonment: Towards an End to the Compensatory Obstacle Course" (1989), 9 *Windsor Y.B. Access Just.* 96.

Klar, Lewis N. *Tort Law*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2003.

Manitoba. *Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell.* Winnipeg: Department of Justice, 2007.

Manitoba. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation.* Winnipeg: Manitoba Justice, 2001.

Mew, Graeme. *The Law of Limitations*, 2nd ed. Markham, Ont.: Lexis Nexis Butterworths, 2004.

Newfoundland and Labrador. *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes.* St. John's: Government of Newfoundland and Labrador, 2006.

Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations.* Halifax: The Commission, 1989.

Ontario. *Report of the Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (Kaufman Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.

Saskatchewan. *Commission of Inquiry into the Wrongful Conviction of David Milgaard* (ongoing).

Vaughn, Michael S., Tab W. Cooper and Rolando V. del Carmen. "Assessing Legal Liabilities in Law Enforcement: Police Chiefs' Views" (2001), 47 *Crime & Delinquency* 3.

Weir, Tony. *Tort Law.* Oxford: Oxford University Press, 2002.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Goudge, Feldman, MacPherson, MacFarland and LaForme JJ.A.) (2005), 76 O.R. (3d) 481, 259 D.L.R. (4th) 676, 202 O.A.C. 310, 36 C.C.L.T. (3d) 105, 33 C.R. (6th) 269, [2005] O.J. No. 4045 (QL), affirming a decision of Marshall J. (2003), 66 O.R. (3d) 746, [2003] O.J. No. 3487 (QL). Appeal dismissed. Cross-appeal dismissed, Bastarache, Charron and Rothstein JJ. dissenting.

Sean Dewart, Louis Sokolov and *Charlene Wiseman*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

David G. Boghosian and *Courtney Raphael*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

Kaiser, H. Archibald. « Wrongful Conviction and Imprisonment : Towards an End to the Compensatory Obstacle Course » (1989), 9 *Windsor Y.B. Access Just.* 96.

Klar, Lewis N. *Tort Law*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2003.

Manitoba. *Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell.* Winnipeg : Department of Justice, 2007.

Manitoba. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow : The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation.* Winnipeg : Manitoba Justice, 2001.

Mew, Graeme. *The Law of Limitations*, 2nd ed. Markham, Ont. : Lexis Nexis Butterworths, 2004.

Nouvelle-Écosse. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution : Findings and Recommendations.* Halifax : The Commission, 1989.

Ontario. *Rapport de la Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (Rapport Kaufman). Toronto : Ministère du Procureur général, 1998.

Saskatchewan. *Commission of Inquiry into the Wrongful Conviction of David Milgaard* (ongoing).

Terre-Neuve-et-Labrador. *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to : Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken : Report and Annexes.* St. John's : Government of Newfoundland and Labrador, 2006.

Vaughn, Michael S., Tab W. Cooper and Rolando V. del Carmen. « Assessing Legal Liabilities in Law Enforcement : Police Chiefs' Views » (2001), 47 *Crime & Delinquency* 3.

Weir, Tony. *Tort Law.* Oxford : Oxford University Press, 2002.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Goudge, Feldman, MacPherson, MacFarland et LaForme) (2005), 76 O.R. (3d) 481, 259 D.L.R. (4th) 676, 202 O.A.C. 310, 36 C.C.L.T. (3d) 105, 33 C.R. (6th) 269, [2005] O.J. No. 4045 (QL), qui a confirmé une décision du juge Marshall (2003), 66 O.R. (3d) 746, [2003] O.J. No. 3487 (QL). Pourvoi rejeté. Pourvoi incident rejeté, les juges Bastarache, Charron et Rothstein sont dissidents.

Sean Dewart, Louis Sokolov et *Charlene Wiseman*, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident.

David G. Boghosian et *Courtney Raphael*, pour les intimés/appelants au pourvoi incident.

Anne M. Turley, for the intervener the Attorney General of Canada.

M. Michele Smith and *Heather C. Mackay*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jonathan Rudin and *Kimberly R. Murray*, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Julian N. Falconer and *Sunil S. Mathai*, for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Leona K. Tesar and *Gregory R. Preston*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Mark J. Sandler and *Joseph Di Luca*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Bradley E. Berg and *Allison A. Thornton*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Ian Roland and *Emily Lawrence*, for the interveners the Canadian Police Association and the Police Association of Ontario.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

The police must investigate crime. That is their duty. In the vast majority of cases, they carry out this duty with diligence and care. Occasionally, however, mistakes are made. These mistakes may have drastic consequences. An innocent suspect may be investigated, arrested and imprisoned because of negligence in the course of a police investigation. This is what Jason George Hill, appellant in the case at bar, alleges happened to him.

Anne M. Turley, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

M. Michele Smith et *Heather C. Mackay*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jonathan Rudin et *Kimberly R. Murray*, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Julian N. Falconer et *Sunil S. Mathai*, pour l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Leona K. Tesar et *Gregory R. Preston*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

Mark J. Sandler et *Joseph Di Luca*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Bradley E. Berg et *Allison A. Thornton*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Ian Roland et *Emily Lawrence*, pour les intervenantes l'Association canadienne des policiers et Police Association of Ontario.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Abella rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Les policiers doivent enquêter sur les crimes. C'est leur devoir. Dans la grande majorité des cas, ils le font avec prudence et diligence. Or, il leur arrive parfois de commettre des erreurs, et ces erreurs sont susceptibles d'avoir de graves conséquences. Une personne innocente peut, à cause d'une négligence de la police, faire l'objet d'une enquête, d'une arrestation, puis d'un emprisonnement. L'appelant, Jason George Hill, prétend que c'est ce qui lui est arrivé. 1

2 Can the police be held liable if their conduct during the course of an investigation falls below an acceptable standard and harm to a suspect results? If so, what standard should be used to assess the conduct of the police? More generally, is police conduct during the course of an investigation or arrest subject to scrutiny under the law of negligence at all, or should police be immune on public policy grounds from liability under the law of negligence? These are the questions at stake on this appeal.

3 I conclude that police are not immune from liability under the Canadian law of negligence, that the police owe a duty of care in negligence to suspects being investigated, and that their conduct during the course of an investigation should be measured against the standard of how a reasonable officer in like circumstances would have acted. The tort of negligent investigation exists in Canada, and the trial court and Court of Appeal were correct to consider the appellant's action on this basis. The law of negligence does not demand a perfect investigation. It requires only that police conducting an investigation act reasonably. When police fail to meet the standard of reasonableness, they may be accountable through negligence law for harm resulting to a suspect.

II. Facts and Procedural History

4 This case arises out of an unfortunate series of events which resulted in an innocent person being investigated by the police, arrested, tried, wrongfully convicted, and ultimately acquitted after spending more than 20 months in jail for a crime he did not commit.

5 Ten robberies occurred in Hamilton between December 16, 1994 and January 23, 1995. The *modus operandi* in all of the robberies seemed essentially the same. Eyewitnesses provided similar descriptions of the suspect. The police, relying on similarities in the *modus operandi* and eyewitness descriptions, concluded early on in the investigation that the same person had committed all the robberies, and labelled the perpetrator "the plastic bag robber".

Le policier engage-t-il sa responsabilité lorsque, dans le cadre d'une enquête, sa conduite inacceptable inflige un préjudice au suspect? Dans l'affirmative, quelle norme devrait s'appliquer pour évaluer la conduite du policier? Plus généralement, les actes du policier pendant une enquête ou lors d'une arrestation sont-ils susceptibles d'examen suivant le droit de la négligence ou, pour des raisons d'ordre public, le policier doit-il être à l'abri de toute responsabilité délictuelle? Telles sont les questions que soulève le présent pourvoi.

Je conclus qu'en droit canadien de la négligence, le policier n'est pas à l'abri de la responsabilité, qu'il a une obligation de diligence envers le suspect sous enquête et que ses actes en cours d'enquête doivent être appréciés selon la norme du policier raisonnable placé dans la même situation. Le délit d'enquête négligente existe au Canada, et le juge de première instance et la Cour d'appel ont eu raison de statuer sur l'action de l'appelant en conséquence. Le droit de la négligence exige une enquête policière non pas parfaite, mais seulement raisonnable. Lorsque la norme du caractère raisonnable n'est pas observée, le droit de la négligence prévoit que le policier peut être tenu responsable du préjudice causé au suspect.

II. Faits et historique des procédures judiciaires

Dans la présente affaire, une malheureuse succession d'événements a fait en sorte qu'une personne innocente se retrouve sous enquête policière, soit jugée, reconnue coupable à tort, puis acquittée enfin après plus de 20 mois d'incarcération pour un crime qu'elle n'avait pas commis.

Entre le 16 décembre 1994 et le 23 janvier 1995, dix vols qualifiés ont été commis à Hamilton. Le *modus operandi* semble avoir toujours été essentiellement le même. Des témoins oculaires ont décrit le suspect de manière semblable. S'appuyant sur cette similitude des *modus operandi* et des signalements, les policiers ont rapidement conclu que tous les vols étaient le fait d'une seule et même personne : le « voleur au sac en plastique ».

The appellant, Jason George Hill, became a suspect in the course of the investigation of the "plastic bag" robberies. The police investigated. They released his photo to the media, and conducted a photo lineup consisting of the aboriginal suspect Hill and 11 similar-looking Caucasian foils. On January 27, 1995, the police arrested Hill and charged him with 10 counts of robbery. The evidence against him at that point included: a Crime Stoppers tip; identification by a police officer based on a surveillance photo; several eyewitness identifications (some tentative, others more solid); a potential sighting of Hill near the site of a robbery by a police officer; eyewitness evidence that the robber appeared to be aboriginal (which Hill was); and the belief of the police that a single person committed all 10 robberies.

6 Au fil de l'enquête, les policiers ont soupçonné l'appelant, Jason George Hill, d'avoir perpétré les vols « au sac en plastique ». Ils ont transmis sa photo aux médias, puis organisé une séance d'identification à partir de photos — celles de M. Hill, un Autochtone, et de onze Blancs lui ressemblant. Le 27 janvier 1995, ils ont arrêté M. Hill et l'ont inculpé de dix vols qualifiés. La preuve dont ils disposaient alors consistait dans une information communiquée à Échec au crime, l'identification par un policier à partir d'une photo obtenue grâce à la vidéosurveillance, l'identification par plusieurs témoins oculaires (certains plus catégoriques que d'autres), la possibilité qu'un policier ait aperçu M. Hill près du lieu de l'un des vols, la déposition d'un témoin oculaire selon lequel le voleur semblait être autochtone (comme M. Hill) et la croyance des policiers qu'une seule et même personne avait commis les dix vols.

At the time of the arrest, the police were in possession of potentially exculpatory evidence, namely, an anonymous Crime Stoppers tip received on January 25, 1995 suggesting that two Hispanic men ("Frank" and "Pedro") were the perpetrators. As time passed, other exculpatory evidence surfaced. Two similar robberies occurred while Hill was in custody. The descriptions of the robber and the *modus operandi* were similar to the original robberies, except for the presence of a threat of a gun in the last two robberies. The police received a second Crime Stoppers tip implicating "Frank", which indicated that "Frank" looked similar to Jason George Hill and that "Frank" was laughing because Hill was being held responsible for robberies that Frank had committed. The police detective investigating the last two robberies (Detective Millin) received information from another officer that a Frank Sotomayer could be the robber. He proceeded to gather evidence and information which tended to inculpate Sotomayer — that Sotomayer and Hill looked very much alike, that there was evidence tending to corroborate the credibility of the Crime Stoppers tip implicating "Frank", and that photos from the first robberies seemed to look more like Sotomayer than Hill. Information from this investigation of the later robberies was

7 Au moment de l'arrestation de M. Hill, la police détenait une preuve susceptible de le disculper, à savoir une information anonyme communiquée à Échec au crime le 25 janvier 1995 et selon laquelle deux hommes d'origine hispanique (« Frank » et « Pedro ») avaient commis les vols. Puis, d'autres éléments de preuve disculpatoires se sont ajoutés. Deux vols semblables ont été commis pendant que M. Hill était en détention. Ils s'apparentaient aux vols antérieurs pour ce qui est de la description du voleur et du *modus operandi*, mais ils avaient été commis sous la menace d'une arme à feu. Grâce au programme Échec au crime, la police a reçu une deuxième information concernant « Frank » : il ressemblait à Jason George Hill et il riait du fait que ce dernier était tenu responsable à tort des vols qu'il avait commis. Chargé de l'enquête sur les deux derniers vols, l'inspecteur Millin a été informé par un collègue qu'un certain Frank Sotomayer pouvait être le voleur. Il a recueilli des éléments de preuve et d'information tendant à inculper M. Sotomayer : MM. Sotomayer et Hill se ressemblaient beaucoup, des éléments de preuve confirmaient l'information communiquée à Échec au crime relativement à « Frank » et la personne photographiée lors des premiers vols ressemblait davantage à M. Sotomayer qu'à M. Hill. Les renseignements obtenus au cours

conveyed to the detective supervising the investigation of the earlier robberies (Detective Loft).

8 Two of the charges against Hill were dropped in response to this new evidence, the police having concluded that Sotomayer, not Hill, had committed those robberies. However, the police did not drop all of the charges.

9 Legal proceedings against Hill in relation to the remaining eight charges began. Two more charges were withdrawn by the Crown during the preliminary inquiry because a witness testified that Hill was not the person who robbed her. Five more charges were withdrawn by the Assistant Crown Attorney assigned to prosecute at trial. A single charge remained, and the Crown decided to proceed based on this charge, largely because two eyewitnesses, the bank tellers, remained steadfast in their identifications of Hill.

10 Hill stood trial and was found guilty of robbery in March 1996. He successfully appealed the conviction based on errors of law made by the trial judge. On August 6, 1997, his appeal was allowed and a new trial was ordered. Hill was ultimately acquitted of all charges of robbery on December 20, 1999.

11 To summarize, Hill first became involved in the investigation as a suspect in January of 1995 and remained involved in various aspects of the justice system as a suspect, an accused, and a convicted person, until December of 1999. Within this period, he was imprisoned for various periods totalling more than 20 months, although not continuously.

12 Hill brought civil actions against the police (the Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board and a number of individual officers) and the Crown prosecutors involved in his preliminary inquiry and trial. The actions against some of the individual officers and all of the Crown prosecutors were discontinued before trial. The action against the remaining defendants was brought on the basis of negligence, malicious prosecution, and breach of

de l'enquête sur les vols plus récents ont été transmis au policier chargé de l'enquête sur la première série de vols, l'inspecteur Loft.

Deux des accusations portées contre M. Hill ont été retirées au vu de ces éléments nouveaux, la police ayant conclu que M. Sotomayer, et non M. Hill, avait commis ces vols. Elle n'a cependant pas abandonné toutes les accusations.

Des procédures judiciaires ont été engagées contre M. Hill relativement aux huit autres accusations. Pendant l'enquête préliminaire, le ministère public a abandonné deux autres accusations après qu'un témoin eut déclaré que M. Hill n'était pas la personne qui l'avait volé. Le procureur adjoint de la poursuite a laissé tomber cinq autres accusations. Une seule accusation demeurait, et le ministère public a décidé d'y donner suite, essentiellement parce que deux témoins oculaires, les caissières, affirmaient toujours reconnaître M. Hill.

À l'issue du procès en mars 1996, M. Hill a été reconnu coupable de vol qualifié. Il a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, alléguant des erreurs de droit commises par le juge du procès. Le 6 août 1997, il a eu gain de cause et un nouveau procès a été ordonné. Le 20 décembre 1999, il a finalement été acquitté à l'égard de tous les chefs d'accusation de vol qualifié.

En résumé, M. Hill a d'abord été soupçonné par les policiers en janvier 1995 et il est demeuré dans l'engrenage du système de justice à titre de suspect, d'accusé puis de personne déclarée coupable jusqu'en décembre 1999. Il a été emprisonné pendant plus de 20 mois au total, mais de manière discontinue.

M. Hill a poursuivi au civil la police (la Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth et certains policiers) et les procureurs de la Couronne ayant participé à l'enquête préliminaire et au procès. Les poursuites engagées contre certains policiers et tous les procureurs de la Couronne ont été abandonnées avant l'instruction. L'action visant les autres défendeurs alléguait la négligence, la poursuite abusive

rights protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This appeal is concerned with the negligence claim.

Hill alleges that the police investigation was negligent in a number of ways. He attacks the identifications by the two bank tellers on the ground that they were interviewed together (not separately, as non-mandatory guidelines suggested), with a newspaper photo identifying Hill as the suspect on their desks, and particularly objects to the methods used to interview witnesses and administer a photo lineup. He also alleged that the police failed to adequately reinvestigate the robberies when new evidence emerged that cast doubt on his initial arrest.

At trial, Marshall J. of the Ontario Superior Court of Justice held that the police were not liable in negligence ((2003), 66 O.R. (3d) 746). In his view, the conduct of the police did not breach the standard of care of a reasonably competent professional in like circumstances; the police had acted in the frenzy of the moment, in circumstances where there was no recognized police procedure at the time, and it would be "facile hindsight" to conclude that they were negligent (para. 75). The trial judge expressed considerable sympathy for Hill and found frailties in the police evidence. Nevertheless, he concluded that the standard of care that would be expected of the reasonable officer at that time was met (paras. 75-76).

Hill appealed. The Court of Appeal unanimously held that there is a tort of negligent investigation and that the appropriate standard of care is the reasonable officer in like circumstances, subject to qualification at the point of arrest when the standard of care is tied to the standard of reasonable and probable grounds ((2005), 76 O.R. (3d) 481). However, the Court of Appeal split on the application of the tort of negligent investigation to the facts.

et la violation des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le présent pourvoi porte sur l'allégation de négligence.

13 M. Hill soutient que l'enquête policière a été négligente à maints égards. Il conteste l'identification par les deux caissières au motif qu'elles ont été interrogées ensemble (et non séparément, comme le conseillaient des directives non impératives) et que sa photo publiée dans le journal et l'identifiant comme étant le suspect se trouvait sur leurs bureaux. Il conteste plus particulièrement les méthodes d'interrogatoire des témoins et le déroulement de la séance d'identification photographique. Il reproche également à la police de n'avoir pas rouvert l'enquête comme elle aurait dû le faire après la découverte de nouveaux éléments qui remettaient en question le bien-fondé de son arrestation initiale.

14 Au procès, le juge Marshall de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a conclu que la police n'avait pas fait preuve de négligence ((2003), 66 O.R. (3d) 746). À son avis, les policiers ont agi de façon aussi diligente que l'auraient fait des professionnels raisonnablement compétents placés dans la même situation. Ils ont agi dans le feu de l'action en l'absence de toute procédure policière établie, et ce serait se livrer à [TRADUCTION] « une appréciation rétrospective simpliste » des faits que de conclure à leur négligence (par. 75). Le juge de première instance s'est montré très compatissant envers M. Hill. Il a relevé des faiblesses dans la preuve recueillie par les policiers. Il a néanmoins conclu au respect de la norme de diligence à laquelle devait alors satisfaire un policier raisonnable (par. 75-76).

15 M. Hill en a appelé de la décision. La Cour d'appel a unanimement conclu à l'existence du délit d'enquête négligente et à l'application de la norme de diligence du policier raisonnable placé dans la même situation, sauf au moment de l'arrestation, où la norme de diligence est liée à celle des motifs raisonnables et probables ((2005), 76 O.R. (3d) 481). Les juges de la Cour d'appel ont cependant été partagés quant à l'application du délit d'enquête négligente aux faits de l'espèce.

16 A majority of three (*per* MacPherson J.A. (Goudge and MacFarland JJ.A. concurring)) held that the standard of care was not breached and that the police should not be held liable in negligence. In the view of the majority, the impugned elements of the investigation pre-arrest complied with the standard of care. In particular, the majority was not prepared to find the photo lineup negligent. In light of the lack of uniform rules or procedures relating to photo lineups at the time, it was not clear that the police failed to do what the reasonable officer would have done in conducting the lineup as they did. Further, it was not established that the photo lineup was structurally biased. Nor was the failure to reinvestigate negligent. First, since "Hamilton is a fairly large city with many bank robberies", it was reasonable that the police's knowledge that later robberies were committed by Sotomayer did not cast doubt on the earlier arrest of the appellant (para. 112). Second, it was reasonable not to connect information relating to later robberies to the earlier robberies for which Hill was arrested because the later robberies involved a gun and the earlier ones did not. Third, police did take significant actions in response to new information, including dropping some of the charges against Hill. Fourth, some key evidence against Hill remained unchanged even after Sotomayer was arrested for some of the "plastic bag robberies", including some of the eyewitness identifications. Finally, the ultimate decision to proceed to trial was made by the Crown prosecutor, not the police.

Les trois juges majoritaires (le juge MacPherson avec l'accord des juges Goudge et MacFarland) ont conclu qu'il n'y avait pas eu inobservation de la norme de diligence et que les policiers ne devaient pas être reconnus coupables de négligence. Ils ont estimé que les éléments contestés de l'enquête préalable à l'arrestation respectaient la norme de diligence. Plus particulièrement, ils n'étaient pas disposés à conclure que la séance d'identification photographique avait été empreinte de négligence. Vu l'absence à l'époque de règles ou de procédures uniformes en la matière, on ne pouvait dire avec certitude que les policiers n'avaient pas agi comme l'auraient fait des policiers raisonnables appelés à tenir une séance d'identification photographique dans les mêmes circonstances. En outre, il n'avait pas été établi que cette séance avait été foncièrement tendancieuse, ni que l'omission de rouvrir l'enquête relevait de la négligence. Premièrement, [TRADUCTION] « Hamilton est une grande ville où sont perpétrés de nombreux vols de banque », de sorte que, même s'ils savaient que les derniers vols avaient été commis par M. Sotomayer, les policiers pouvaient raisonnablement ne pas douter du bien-fondé de l'arrestation antérieure de l'appelant (par. 112). Deuxièmement, il était raisonnable de ne pas faire le lien entre les vols pour lesquels M. Hill avait été arrêté et ceux perpétrés par la suite, car contrairement aux premiers, les seconds avaient été commis à l'aide d'une arme à feu. Troisièmement, à la lumière des nouveaux renseignements obtenus, la police a pris des mesures importantes, dont celle d'abandonner certaines accusations portées contre M. Hill. Quatrièmement, certains des principaux éléments de preuve incriminaient toujours M. Hill malgré l'arrestation de M. Sotomayer pour quelques-uns des « vols au sac en plastique », notamment l'identification par témoins oculaires. En dernier lieu, c'est le procureur de la Couronne, et non la police, qui a décidé en fin de compte de la tenue d'un procès.

17 In dissent, Feldman and LaForme JJ.A. found aspects of the impugned police conduct constituted negligent failure to reinvestigate. They concluded that the trial judge had made errors of law and palpable and overriding errors of fact,

Dissidents, les juges Feldman et LaForme ont estimé que certains actes reprochés aux policiers constituaient une omission négligente de rouvrir l'enquête. Selon eux, le juge de première instance avait commis des erreurs de droit ainsi que

in concluding that the photo lineup and failure to reinvestigate were not negligent. A photo lineup consisting of one aboriginal person and eleven Caucasians is "*prima facie* potentially structurally biased with obvious potential for unfairness" and thus "falls below the standard of care required of police" (para. 156). Feldman and LaForme JJ.A. also found that the police had not pursued a number of pieces of evidence which could potentially have exculpated Hill (paras. 144 ff.).

Hill appeals to this Court, contending that the majority of the Court of Appeal erred in finding that the police investigation leading to his arrest and prosecution was not negligent. The police cross-appeal, arguing that there is no tort of negligent investigation in Canadian law.

III. Analysis

The Tort of Negligent Investigation

1. Duty of Care

The issue at this stage is whether the law recognizes a duty of care on an investigating police officer to a suspect in the course of investigation. This matter is not settled in Canada. Lower courts have divided and this Court has never considered the matter. We must therefore ask whether, as a matter of principle, a duty of care should be recognized in this situation.

The test for determining whether a person owes a duty of care involves two questions: (1) Does the relationship between the plaintiff and the defendant disclose sufficient foreseeability and proximity to establish a *prima facie* duty of care; and (2) If so, are there any residual policy considerations which ought to negate or limit that duty of care? (See *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), as affirmed and explained by this Court in a number of cases (*Cooper v. Hobart*, [2001] 3

des erreurs de fait manifestes et dominantes en concluant que la tenue de la séance d'identification photographique et l'omission de reprendre l'enquête n'équivalaient pas à de la négligence. Une séance d'identification à partir des photos d'un Autochtone et de onze Blancs est [TRADUCTION] « susceptible à première vue d'être foncièrement tendancieuse et présente un risque évident d'injustice »; partant, elle « ne respecte pas la norme de diligence applicable aux policiers » (par. 156). Les juges Feldman et LaForme ont aussi conclu que les policiers n'avaient pas donné suite à un certain nombre d'éléments de preuve qui auraient pu disculper M. Hill (par. 144 et suiv.).

18 M. Hill se pourvoit devant notre Cour au motif que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu tort de conclure que l'enquête policière ayant mené à son arrestation et à son inculpation n'était pas empreinte de négligence. Dans son pourvoi incident, le service de police allègue que le délit d'enquête négligente n'existe pas en droit canadien.

III. Analyse

Le délit d'enquête négligente

1. Obligation de diligence

19 À cette étape, il faut déterminer si, en droit, le policier a une obligation de diligence envers le suspect sous enquête. Le débat perdure au Canada. La question divise les juridictions inférieures, et la Cour n'en a jamais été saisie. Nous devons donc nous demander s'il y a lieu, par principe, de reconnaître l'existence d'une telle obligation de diligence.

20 Deux questions se posent pour déterminer si une personne a une obligation de diligence envers autrui : (1) La relation entre le demandeur et le défendeur présente-t-elle une prévisibilité et une proximité suffisantes pour établir une obligation de diligence *prima facie*? (2) Dans l'affirmative, d'autres considérations de politique générale sont-elles de nature à écarter ou à limiter cette obligation de diligence? (Voir *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), confirmé

S.C.R. 537, 2001 SCC 79, at paras. 25 and 29-39; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80, at para. 9; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69, at paras. 47-50; *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643, 2006 SCC 18, at para. 47).)

(a) *Does the Relationship Establish a Prima Facie Duty of Care?*

21 The purpose of the inquiry at this stage is to determine if there was a relationship between the parties that gave rise to a legal duty of care.

22 The first element of such a relationship is foreseeability. In the foundational case of *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), Lord Atkin stated:

> The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. . . . Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be — persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question. [Emphasis added; p. 580.]

Lord Atkin went on to state that each person "must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour" (p. 580). Thus the first question in determining whether a duty in negligence is owed is whether it was reasonably foreseeable that the actions of the alleged wrongdoer would cause harm to the victim.

23 However, as acknowledged in *Donoghue* and affirmed by this Court in *Cooper*, foreseeability alone is not enough to establish the required relationship. To impose a duty of care "there must also be a close and direct relationship of proximity or neighbourhood": *Cooper*, at para. 22. The proximity inquiry asks whether the case discloses factors which show that the relationship between the

et explicité par notre Cour dans de nombreux arrêts, dont *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79, par. 25 et 29-39, *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80, par. 9, *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69, par. 47-50, et *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643, 2006 CSC 18, par. 47.)

a) *La relation établit-elle une obligation de diligence prima facie?*

À cette étape, l'analyse vise à déterminer si la relation entre les parties a fait naître en droit une obligation de diligence.

Le premier élément à considérer est la prévisibilité. Dans l'arrêt fondamental *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), lord Atkin dit :

> [TRADUCTION] Le commandement tu aimeras ton prochain devient en droit : tu ne léseras pas ton prochain. À la question de l'avocat : Qui est mon prochain? on donnera une réponse restrictive [. . .] Qui alors est mon prochain en droit? La réponse semble être : les personnes qui sont de si près et si directement touchées par mon acte que je devrais raisonnablement les avoir à l'esprit comme ainsi touchées lorsque je songe aux actes ou omissions qui sont mis en question. [Je souligne; p. 580.]

Lord Atkin ajoute qu'[TRADUCTION] « il faut agir avec diligence raisonnable pour éviter des actes ou omissions lorsqu'on peut raisonnablement prévoir qu'ils sont susceptibles de léser son prochain » (p. 580). Pour déterminer s'il existe une obligation de diligence, il faut donc se demander d'abord s'il était raisonnablement prévisible que les actes de l'auteur allégué de la faute causent un préjudice à la victime.

Par ailleurs, comme l'a reconnu l'arrêt *Donoghue* et confirmé par l'arrêt *Cooper* de notre Cour, la prévisibilité ne suffit pas à elle seule à établir le lien requis. Pour imposer une obligation de diligence, « il doit aussi y avoir proximité ou un lien étroit et direct » : *Cooper*, par. 22. Pour déterminer s'il y a proximité, la preuve doit révéler des éléments selon lesquels le lien entre le demandeur et le défendeur

plaintiff and the defendant was sufficiently close to give rise to a legal duty of care. The focus is on the relationship between alleged wrongdoer and victim: is the relationship one where the imposition of legal liability for the wrongdoer's actions is appropriate?

Generally speaking, the proximity analysis involves examining the relationship at issue, considering factors such as expectations, representations, reliance and property or other interests involved: *Cooper*, at para. 34. Different relationships raise different considerations. "The factors which may satisfy the requirement of proximity are diverse and depend on the circumstances of the case. One searches in vain for a single unifying characteristic": *Cooper*, at para. 35. No single rule, factor or definitive list of factors can be applied in every case. "Proximity may be usefully viewed, not so much as a test in itself, but as a broad concept which is capable of subsuming different categories of cases involving different factors" (*Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at p. 1151, cited in *Cooper*, at para. 35).

Proximity may be seen as providing an umbrella covering types of relationships where a duty of care has been found by the courts. The vast number of negligence cases proceed on the basis of a type of relationship previously recognized as giving rise to a duty of care. The duty of care of the motorist to other users of the highway; the duty of care of the doctor to his patient; the duty of care of the solicitor to her client — these are but a few of the relationships where sufficient proximity to give rise to a *prima facie* duty of care is recognized, provided foreseeability is established. The categories of relationships characterized by sufficient proximity to attract legal liability are not closed, however. From time to time, claims are made that relationships hitherto unconsidered by courts support a duty of care giving rise to legal liability. When such cases arise, the courts must consider whether the claim for sufficient proximity is established. If it is, and the *prima facie* duty is not negated for policy reasons at the second stage of the *Anns* test, the new

était suffisamment étroit pour faire naître en droit une obligation de diligence. L'accent est mis sur le lien entre l'auteur allégué de la faute et la victime : au regard de cette relation, convient-il d'imputer une responsabilité à l'égard des actes de l'auteur allégué de la faute?

En général, la détermination d'un rapport de proximité suppose l'examen de la relation en cause au regard, par exemple, des attentes, des déclarations, de la confiance, des biens en cause et des autres intérêts en jeu : *Cooper*, par. 34. À relations différentes, considérations différentes. « Les facteurs susceptibles de satisfaire à l'exigence de proximité sont variés et dépendent des circonstances de l'affaire. On chercherait en vain une caractéristique unique unificatrice » : *Cooper*, par. 35. Aucun facteur ou règle unique, ni aucune liste définitive de facteurs ne peut s'appliquer dans tous les cas. « Le lien étroit peut être utilement considéré non pas tellement comme un critère en soi, mais comme une notion large qui peut inclure différentes catégories d'affaires comportant différents facteurs » (*Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, p. 1151, cité dans l'arrêt *Cooper*, par. 35). 24

On peut considérer que la proximité (ou le lien étroit) englobe différentes relations pour lesquelles les tribunaux ont conclu à l'existence d'une obligation de diligence. Dans la plupart des affaires de négligence, le demandeur invoque une relation dont il est déjà reconnu qu'elle fait naître une obligation de diligence. La relation entre l'automobiliste et les autres usagers de la route, celle du médecin et de son patient, et celle de l'avocat et de son client sont quelques-unes des relations où l'existence d'un lien de proximité suffisant pour faire naître une obligation de diligence *prima facie* est reconnue, à condition que la prévisibilité soit établie. La liste des relations suffisamment étroites pour engager la responsabilité n'est cependant pas définitive. Il arrive qu'un demandeur prétende qu'une relation sur laquelle les tribunaux ne se sont pas encore penchés emporte une obligation de diligence dont l'inobservation engage la responsabilité. Les tribunaux doivent alors se demander si un lien étroit suffisant est établi. Si tel est le cas, et que l'obligation 25

category will thereafter be recognized as capable of giving rise to a duty of care and legal liability. The result is a concept of liability for negligence which provides a large measure of certainty, through settled categories of liability — attracting relationships, while permitting expansion to meet new circumstances and evolving conceptions of justice.

26 In this case, we are faced with a claim in negligence against persons in a type of relationship not hitherto considered by the law — the relationship between an investigating police officer and his suspect. We must therefore ask whether, on principles applied in previous cases, this relationship is marked by sufficient proximity to make the imposition of legal liability for negligence appropriate.

27 Before moving on to the analysis of proximity in depth, it is worth pausing to state explicitly that this judgment is concerned only with a very particular relationship — the relationship between a police officer and a particularized suspect that he is investigating. There are particular considerations relevant to proximity and policy applicable to this relationship, including: the reasonable expectations of a party being investigated by the police, the seriousness of the interests at stake for the suspect, the legal duties owed by police to suspects under their governing statutes and the *Charter* and the importance of balancing the need for police to be able to investigate effectively with the protection of the fundamental rights of a suspect or accused person. It might well be that both the considerations informing the analysis of both proximity and policy would be different in the context of other relationships involving the police, for example, the relationship between the police and a victim, or the relationship between a police chief and the family of a victim. This decision deals only with the relationship between the police and a suspect being investigated. If a new relationship is alleged to attract liability of the police in negligence in a future case, it will be necessary to engage in a fresh *Anns* analysis, sensitive to the different considerations

prima facie n'est pas écartée pour des raisons de principe au deuxième volet du critère de l'arrêt *Anns*, la relation sera dès lors reconnue comme étant susceptible de faire naître une obligation de diligence dont l'inobservation engage la responsabilité. La notion de responsabilité pour négligence offre ainsi une grande certitude grâce à la délimitation des relations susceptibles d'engager la responsabilité, bien que d'autres relations puissent s'ajouter pour tenir compte de données nouvelles et de l'évolution constante des conceptions de la justice.

En l'espèce, la négligence est alléguée relativement à une relation sur laquelle les tribunaux ne se sont encore jamais penchés, à savoir celle existant entre le policier enquêteur et le suspect. Nous devons donc nous demander si, à la lumière des principes appliqués jusqu'à ce jour, cette relation présente une proximité suffisante pour justifier l'imposition d'une obligation de diligence.

Avant de passer à l'analyse approfondie du lien de proximité, il convient de préciser que les présents motifs ne portent que sur une relation très particulière, celle entre le policier et le suspect sous enquête. Certaines considérations pertinentes pour la proximité et les principes s'appliquent à cette relation, dont les attentes raisonnables de la personne visée par l'enquête policière, l'importance des intérêts en jeu pour le suspect, les obligations légales des policiers envers les suspects suivant la *Charte* et les lois qui régissent la police, de même que l'importance de concilier l'efficacité de l'enquête policière et la protection des droits fondamentaux du suspect ou de l'inculpé. Il se peut fort bien que les éléments pris en compte dans l'analyse relative à la proximité et aux considérations de politique générale diffèrent pour d'autres relations avec un policier, notamment celles entre un policier et une victime ou entre un chef de police et la famille d'une victime. Le présent pourvoi ne porte que sur le lien entre le policier et le suspect sous enquête. Si, ultérieurement, un demandeur allègue qu'une autre relation engage la responsabilité pour négligence des policiers, il faudra reprendre l'analyse fondée sur l'arrêt *Anns* en fonction des considérations différentes que fait intervenir l'interaction du policier avec une autre personne

which might obtain when police interact with persons other than suspects that they are investigating. Such an approach will also ensure that the law of tort is developed in a manner that is sensitive to the benefits of recognizing liability in novel situations where appropriate, but at the same time, sufficiently incremental and gradual to maintain a reasonable degree of certainty in the law. Further, I cannot accept the suggestion that cases dealing with the relationship between the police and victims or between a police chief and the family of a victim are determinative here, although aspects of the analysis in those cases may be applicable and informative in the case at bar. (See *Odhavji* and *Jane Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 160 D.L.R. (4th) 697 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).) I note that *Jane Doe* is a lower court decision and that debate continues over the content and scope of the ratio in that case. I do not purport to resolve these disputes on this appeal. In fact, and with great respect to the Court of Appeal who relied to some extent on this case, I find the *Jane Doe* decision of little assistance in the case at bar.

Having said this, I proceed to consider whether there is sufficient proximity between a police officer and a suspect that he or she is investigating to establish a *prima facie* duty of care.

The most basic factor upon which the proximity analysis fixes is whether there is a relationship between the alleged wrongdoer and the victim, usually described by the words "close and direct". This factor is not concerned with how intimate the plaintiff and defendant were or with their physical proximity, so much as with whether the *actions* of the alleged wrongdoer have a close or direct effect on the victim, such that the wrongdoer ought to have had the victim in mind as a person potentially harmed. A sufficiently close and direct connection between the actions of the wrongdoer and the victim may exist where there is a personal relationship between alleged wrongdoer and victim. However, it may also exist where there is no personal relationship between the victim and wrongdoer. In the words of Lord Atkin in *Donoghue*:

que le suspect sous enquête. De la sorte, le droit de la responsabilité délictuelle évoluera d'une manière qui tient compte des avantages de la reconnaissance d'une obligation dans une situation nouvelle qui s'y prête, mais également d'une façon suffisamment graduelle pour que le droit demeure raisonnablement certain. En outre, je ne peux faire droit à la prétention selon laquelle la jurisprudence relative à la relation entre le policier et la victime ou entre le chef de police et la famille de la victime est déterminante dans la présente affaire, bien que certains éléments de l'analyse qui y est faite puissent être instructifs et s'appliquer en l'espèce. (Voir les jugements *Odhavji* et *Jane Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 160 D.L.R. (4th) 697 (C. Ont. (Div. gén.)).) Je signale que la décision *Jane Doe* a été rendue par un tribunal inférieur et que le débat perdure quant à la teneur et à la portée de la *ratio decidendi* dans cette affaire. Je n'entends pas trancher le débat dans le cadre du présent pourvoi. Malgré tout le respect que je dois à la Cour d'appel qui, dans une certaine mesure, s'est appuyée sur cette décision, j'estime en fait que cette décision n'est guère utile en l'espèce.

28 Cela dit, je déterminerai maintenant s'il existe entre le policier et le suspect sous enquête un lien de proximité suffisant pour établir une obligation de diligence *prima facie*.

29 Le critère premier est l'existence, entre l'auteur allégué de la faute et la victime, d'un lien que l'on dit habituellement « étroit et direct ». Il ne s'agit pas de déterminer le degré d'intimité ou de proximité physique entre le demandeur et le défendeur, mais bien de savoir si les *actes* de l'auteur allégué de la faute ont un effet étroit ou direct sur la victime, de sorte que cet auteur ait dû avoir vu dans la victime une personne susceptible d'être lésée. Ce lien suffisamment étroit et direct entre les actes de l'auteur allégué de la faute et la victime peut exister lorsque les intéressés se connaissent personnellement. Cependant, il peut également exister en l'absence de tout lien personnel entre eux. Pour reprendre les propos de lord Atkin dans l'arrêt *Donoghue* :

[A] duty to take due care [arises] when the person or property of one was in such proximity to the person or property of another that, if due care was not taken, damage might be done by the one to the other. I think that this sufficiently states the truth if proximity be not confined to mere physical proximity, but be used, as I think it was intended, to extend to such close and direct relations that the act complained of directly affects a person whom the person alleged to be bound to take care would know would be directly affected by his careless act. [Emphasis added; p. 581.]

30 While not necessarily determinative, the presence or absence of a personal relationship is an important factor to consider in the proximity analysis. However, depending on the case, it may be necessary to consider other factors which may bear on the question of whether the relationship between the defendant and plaintiff is capable in principle of supporting legal liability: *Cooper*, at para. 37.

31 In accordance with the usual rules governing proof of a cause of action, the plaintiff has the formal onus of establishing the duty of care: *Odhavji* and *Childs*, at para. 13, should not be read as changing this fundamental rule. Uncertainty may arise as to which factors fall to be considered at this part of the stage one analysis, and which should be reserved to the second stage "policy" portion of the analysis. The principle that animates the first stage of the *Anns* test — to determine whether the relationship is in principle sufficiently close or "proximate" to attract legal liability — governs the nature of considerations that arise at this stage. "The proximity analysis involved at the first stage of the *Anns* test focuses on factors arising from the relationship between the plaintiff and the defendant", for example expectations, representations, reliance and the nature of the interests engaged by that relationship: *Cooper*, at paras. 30 (emphasis deleted) and 34. By contrast, the final stage of *Anns* is concerned with "residual policy considerations" which "are not concerned with the relationship between the parties, but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally": *Cooper*, at para. 37. In practice, there may be overlap between stage one and stage two considerations. We should not

[TRADUCTION] [U]ne obligation de diligence raisonnable prend naissance quand une personne ou les biens d'une personne sont suffisamment proches de quelqu'un d'autre ou de ses biens pour qu'à défaut de diligence, l'une puisse causer un dommage à l'autre. Je crois que cela correspond suffisamment à la réalité, si on ne limite pas la proximité à une simple proximité physique mais qu'on l'étend, comme je pense qu'on l'entendait, à des relations si rapprochées et si directes, que l'acte incriminé touche directement une personne alors que celui qui est censé être prudent sait qu'elle sera directement touchée par sa négligence. [Je souligne; p. 581.]

Sans être nécessairement déterminante quant à la proximité, l'existence ou l'inexistence d'un lien personnel est un facteur important. Dans certains cas, il peut cependant être nécessaire d'examiner d'autres facteurs susceptibles de jouer quant à la question de savoir si la relation entre le défendeur et le demandeur peut justifier en principe l'imposition d'une obligation légale : *Cooper*, par. 37.

Conformément aux règles de preuve habituelles concernant l'existence d'une cause d'action, il appartient au demandeur d'établir l'obligation de diligence : les arrêts *Odhavji* et *Childs*, par. 13, n'ont pas modifié cette règle fondamentale. On peut se demander quels facteurs doivent être examinés à cette étape du premier volet de l'analyse et lesquels doivent l'être au deuxième volet touchant aux « considérations de politique générale ». Le raisonnement qui sous-tend le premier volet du critère de l'arrêt *Anns* — la relation est-elle en principe suffisamment étroite pour justifier l'imposition d'une obligation légale? — dicte la nature des facteurs pris en considération à cette étape. « L'analyse relative à la proximité que comporte la première étape du critère de l'arrêt *Anns* met l'accent sur les facteurs découlant du lien existant entre la demanderesse et le défendeur », comme les attentes, les déclarations, la confiance et la nature des intérêts en jeu (*Cooper*, par. 30 (soulignement omis), et par. 34). En revanche, le second volet du critère s'attache aux autres considérations de politique générale, lesquelles « ne portent pas sur le lien existant entre les parties, mais sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général » (*Cooper*, par. 37). En pratique,

forget that stage one and stage two of the *Anns* test are merely a means to facilitate considering what is at stake. The important thing is that in deciding whether a duty of care lies, all relevant concerns should be considered.

les facteurs considérés aux premier et second volets peuvent se chevaucher. Il ne faut pas oublier que ces deux volets du critère de l'arrêt *Anns* ont pour seule fonction de faciliter l'examen de ce qui est en jeu. L'important, pour déterminer s'il existe une obligation de diligence, c'est de tenir compte de toutes les considérations pertinentes.

In this appeal, we are concerned with the relationship between an investigating police officer and a suspect. The requirement of reasonable foreseeability is clearly made out and poses no barrier to finding a duty of care; clearly negligent police investigation of a suspect may cause harm to the suspect.

32 Le présent pourvoi porte sur la relation entre un policier enquêteur et un suspect. L'exigence de la prévisibilité raisonnable est clairement remplie et n'empêche pas de conclure à l'existence d'une obligation de diligence; une enquête policière négligente peut manifestement causer un préjudice au suspect.

Other factors relating to the relationship suggest sufficient proximity to support a cause of action. The relationship between the police and a suspect identified for investigation is personal, and is close and direct. We are not concerned with the universe of all potential suspects. The police had identified Hill as a particularized suspect at the relevant time and begun to investigate him. This created a close and direct relationship between the police and Hill. He was no longer merely one person in a pool of potential suspects. He had been singled out. The relationship is thus closer than in *Cooper* and *Edwards*. In those cases, the public officials were not acting in relation to the claimant (as the police did here) but in relation to a third party (i.e. persons being regulated) who, at a further remove, interacted with the claimants.

33 D'autres caractéristiques de la relation militent en faveur d'un lien de proximité suffisant pour conférer une cause d'action. La relation entre le policier et le suspect sous enquête est personnelle, étroite et directe. Il ne s'agit pas de la relation avec tous les suspects possibles. Au moment considéré, les policiers avaient identifié M. Hill comme étant le suspect, puis avaient enquêté à son sujet. Il s'est donc créé un lien étroit et direct entre les policiers et M. Hill. Ce dernier ne faisait plus seulement partie des suspects possibles, mais était désigné à titre individuel. La relation était donc plus étroite que celle considérée dans les affaires *Cooper* et *Edwards*, où l'organisme de réglementation avait un lien non pas avec le demandeur (comme les policiers en l'espèce), mais avec un tiers (la personne assujettie à la réglementation) qui interagissait par ailleurs avec le demandeur.

A final consideration bearing on the relationship is the interests it engages. In this case, personal representations and consequent reliance are absent. However, the targeted suspect has a critical personal interest in the conduct of the investigation. At stake are his freedom, his reputation and how he may spend a good portion of his life. These high interests support a finding of a proximate relationship giving rise to a duty of care.

34 Un dernier facteur à considérer est celui des intérêts que met en jeu la relation. En l'espèce, les déclarations personnelles et la confiance qu'elles inspirent sont absentes. Or, le suspect sous enquête a un intérêt personnel considérable dans le déroulement de l'enquête. Sa liberté, sa réputation et une bonne partie de son avenir sont en jeu, et l'importance de ces intérêts permet de conclure qu'un lien de proximité fait naître une obligation de diligence.

On this point, I note that the existing remedies for wrongful prosecution and conviction

35 À cet égard, je constate que les recours actuels en cas de poursuite et de déclaration de culpabilité

are incomplete and may leave a victim of negligent police investigation without legal recourse. The torts of false arrest, false imprisonment and malicious prosecution do not provide an adequate remedy for negligent acts. Government compensation schemes possess their own limits, both in terms of eligibility and amount of compensation. As the Court of Appeal pointed out, an important category of police conduct with the potential to seriously affect the lives of suspects will go unremedied if a duty of care is not recognized. This category includes "very poor performance of important police duties" and other "non-malicious category of police misconduct" (paras. 77-78). To deny a remedy in tort is, quite literally, to deny justice. This supports recognition of the tort of negligent police investigation, in order to complete the arsenal of already existing common law and statutory remedies.

36 The personal interest of the suspect in the conduct of the investigation is enhanced by a public interest. Recognizing an action for negligent police investigation may assist in responding to failures of the justice system, such as wrongful convictions or institutional racism. The unfortunate reality is that negligent policing has now been recognized as a significant contributing factor to wrongful convictions in Canada. While the vast majority of police officers perform their duties carefully and reasonably, the record shows that wrongful convictions traceable to faulty police investigations occur. Even one wrongful conviction is too many, and Canada has had more than one. Police conduct that is not malicious, not deliberate, but merely fails to comply with standards of reasonableness can be a significant cause of wrongful convictions. (See the Honourable Peter Cory, *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001), at p. 10 ("Cory Report"); the Right Honourable Antonio Lamer, *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes* (2006), at p. 71; Federal/Provincial/Territorial Heads of

injustifiées sont insuffisants et que la victime d'une enquête policière négligente peut bien n'avoir aucun recours en justice. Les délits d'arrestation illégale, de détention arbitraire et de poursuite abusive n'offrent pas de réparation adéquate en cas de négligence. Les régimes publics d'indemnisation limitent à la fois l'admissibilité et le montant de l'indemnité. Comme l'a souligné la Cour d'appel, un pan important de l'action policière susceptible d'avoir une incidence grave sur la vie d'un suspect continuera de ne donner ouverture à aucun recours si l'obligation de diligence du policier n'est pas reconnue. Mentionnons, par exemple, la [TRADUCTION] « piètre exécution d'importantes fonctions policières » et les autres « fautes policières non malveillantes » (par. 77-78). S'opposer à un recours en responsabilité délictuelle équivaut en somme à s'opposer à la justice. Il convient donc de reconnaître le délit d'enquête négligente pour compléter la gamme des recours qu'offrent déjà la common law et la loi.

L'intérêt public ajoute à l'intérêt personnel qu'a le suspect dans le déroulement de l'enquête. Reconnaître un droit d'action à la victime d'une enquête policière négligente peut contribuer à remédier aux ratés du système de justice tels que les déclarations de culpabilité injustifiée et le racisme institutionnel. La triste réalité est qu'il est désormais admis que la négligence policière est une cause importante de déclaration de culpabilité injustifiée au Canada. Si la plupart des policiers exercent leurs fonctions diligemment et consciencieusement, il appert du dossier que certaines déclarations de culpabilité injustifiées sont imputables à une enquête policière négligente. Une seule déclaration de culpabilité injustifiée en est une de trop, et le Canada en compte plus d'une. Les mesures policières qui ne sont ni malveillantes ni délibérées, mais qui ne satisfont tout simplement pas aux normes de raisonnabilité, peuvent être une cause importante de déclarations de culpabilité injustifiées. (Voir l'Honorable Peter Cory, *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow : The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001), p. 10 (le « rapport Cory »); le très honorable Antonio Lamer, *The Lamer Commission of Inquiry into*

Prosecutions Committee Working Group, *Report on the Prevention of Miscarriages of Justice* (2004); the Honourable Fred Kaufman, *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998), at pp. 25-26, 30-31, 34-36, 1095-96, 1098-99, 1101 and 1124.)

As Peter Cory points out, at pp. 101 and 103:

[I]f the State commits significant errors in the course of the investigation and prosecution, it should accept the responsibility for the sad consequences . . . .

. . .

[S]ociety needs protection from both the deliberate and the careless acts of omission and commission which lead to wrongful conviction and prison.

Finally, it is worth noting that a duty of care by police officers to suspects under investigation is consistent with the values and spirit underlying the *Charter*, with its emphasis on liberty and fair process. The tort duty asserted here would enhance those values, which supports the appropriateness of its recognition.

These considerations lead me to conclude that an investigating police officer and a particular suspect are close and proximate such that a *prima facie* duty should be recognized. Viewed from the broader societal perspective, suspects may reasonably be expected to rely on the police to conduct their investigation in a competent, non-negligent manner. (See *Odhavji*, at para. 57.)

It is argued that recognition of liability for negligent investigation would produce a conflict between the duty of care that a police officer owes to a suspect and the police's officer duty to the public to prevent crime, that negates the duty of care. I do not agree. First, it seems to me doubtful that recognizing a duty of care to suspects will place police officers under incompatible obligations. Second,

the Proceedings Pertaining to : Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken : Report and Annexes (2006), p. 71; Groupe de travail du Comité fédéral/provincial/territorial des chefs des poursuites pénales, *Rapport sur la prévention des erreurs judiciaires* (2004); l'honorable Fred Kaufman, *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (1998), p. 29, 34-36, 39-42, 1263-1270, et 1294-1295.)

Comme le signale M. Peter Cory : 37

[TRADUCTION] L'État qui commet de graves erreurs pendant l'enquête et l'instance doit reconnaître sa responsabilité pour les conséquences malheureuses . . .

. . .

[L]a société doit être protégée contre les actes ou les omissions délibérés et négligents qui donnent lieu à des déclarations de culpabilité et à des emprisonnements injustifiés. [p. 101 et 103]

Enfin, il convient de souligner que l'imposition au policier d'une obligation de diligence envers le suspect sous enquête est compatible avec les valeurs et l'esprit qui sous-tendent la *Charte*, compte tenu de l'importance que celle-ci accorde à la liberté et à l'équité procédurale. L'obligation de diligence proposée en l'espèce rehausserait ces valeurs, d'où l'opportunité de la reconnaître. 38

Ces considérations m'amènent à conclure que le lien entre le policier enquêteur et le suspect est à ce point étroit qu'il y a lieu de reconnaître une obligation de diligence *prima facie*. Du point de vue social en général, le suspect peut à bon droit s'attendre à ce que les policiers enquêtent avec compétence et diligence. (Voir l'arrêt *Odhavji*, par. 57.) 39

On prétend que l'imputation d'une responsabilité pour enquête négligente créerait une contradiction rédhibitoire entre l'obligation de diligence du policier envers le suspect et son devoir public de prévenir le crime. Je ne suis pas d'accord. Premièrement, je doute que l'imposition au policier d'une obligation de diligence envers le suspect l'oblige à s'acquitter d'obligations contradictoires. 40

on the test set forth in *Cooper* and subsequent cases, conflict or potential conflict does not in itself negate a *prima facie* duty of care; the conflict must be between the novel duty proposed and an "overarching public duty", and it must pose a real potential for negative policy consequences. Any potential conflict that could be established here would not meet these conditions.

Deuxièmement, suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Cooper* et les décisions qui ont suivi, l'existence d'un conflit réel ou possible n'écarte pas en soi l'obligation de diligence *prima facie*. Le conflit doit opposer la nouvelle obligation proposée à celle existant à l'égard « des intérêts supérieurs du public » et présenter un risque réel de conséquences négatives sur le plan des politiques. Nul conflit potentiel susceptible d'être établi en l'espèce ne respecte ces conditions.

41 First, the argument that a duty to take reasonable care toward suspects conflicts with an overarching duty to investigate crime is tenuous. The officer's duty to the public is not to investigate in an unconstrained manner. It is a duty to investigate in accordance with the law. That law includes many elements. It includes the restrictions imposed by the *Charter* and the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Equally, it may include tort law. The duty of investigation in accordance with the law does not conflict with the presumed duty to take reasonable care toward the suspect. Indeed, the suspect is a member of the public. As such, the suspect shares the public's interest in diligent investigation in accordance with the law.

Premièrement, l'argument selon lequel l'obligation de faire preuve d'une diligence raisonnable envers le suspect s'oppose au devoir général d'enquêter sur les crimes est peu convaincant. Le policier n'a pas toute latitude pour s'acquitter de son obligation envers le public. Il doit enquêter conformément aux règles de droit, qui sont multiples et englobent notamment les restrictions prescrites par la *Charte* et le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. À ces règles peut s'ajouter le droit de la responsabilité délictuelle. Le devoir d'enquêter conformément aux règles de droit n'entre pas en conflit avec l'obligation présumée de faire preuve de diligence raisonnable envers le suspect. D'ailleurs, le suspect est un citoyen et, à ce titre, il partage l'intérêt du public dans la tenue d'enquêtes diligentes et respectueuses de la loi.

42 My colleague Justice Charron suggests there is a conflict between the police officer's duty to investigate crime, on the one hand, and the officer's duty to leave people alone. It may be that a citizen has an interest in or preference for being left alone. But I know of no authority for the proposition that an investigating police officer is under a duty to leave people alone. The proposed tort duty does not presuppose a duty to leave the citizen alone, but only a duty to investigate reasonably in accordance with the limits imposed by law.

Selon ma collègue la juge Charron, l'obligation du policier d'enquêter sur les crimes s'opposerait à celle qui lui incombe de ne pas importuner les gens. Il se peut qu'un citoyen ait intérêt à ne pas être importuné ou qu'il préfère ne pas l'être. Cependant, pour autant que je sache, nulle source n'étaye l'affirmation selon laquelle un enquêteur a l'obligation de ne pas importuner les gens. L'obligation de diligence proposée ne présuppose pas l'obligation de ne pas importuner les citoyens, mais seulement celle d'enquêter convenablement dans le respect des limites prescrites par la loi.

43 Second, even if a potential conflict could be posited, that would not automatically negate the *prima facie* duty of care. The principle established in *Cooper* and its progeny is more limited. A *prima facie* duty of care will be negated only when the conflict, considered together with other relevant

Deuxièmement, même si un conflit possible pouvait être établi, l'obligation de diligence *prima facie* ne s'en trouverait pas automatiquement écartée. Le principe dégagé dans l'arrêt *Cooper* et les décisions rendues dans sa foulée a une portée plus limitée. L'obligation de diligence *prima facie* n'est

policy considerations, gives rise to a real potential for negative policy consequences. This reflects the view that a duty of care in tort law should not be denied on speculative grounds. *Cooper* illustrates this point. The proposed duty was rejected on the basis, not of mere conflict, but a conflict that would "come at the expense of other important interests, of efficiency and finally at the expense of public confidence in the system as a whole" (para. 50). Not only was there a conflict, but a conflict that would engender serious negative policy consequences. In this case, the situation is otherwise. Requiring police officers to take reasonable care toward suspects in the investigation of crimes may have positive policy ramifications. Reasonable care will reduce the risk of wrongful convictions and increase the probability that the guilty will be charged and convicted. By contrast, the potential for negative repercussions is dubious. Acting with reasonable care to suspects has not been shown to inhibit police investigation, as discussed more fully in connection with the argument on chilling effect.

écartée que lorsque le conflit, ainsi que les autres considérations de politique générale applicables, présente un risque réel de conséquences négatives sur le plan des politiques. En effet, il ne faut pas refuser de reconnaître une obligation de diligence pour des raisons hypothétiques. L'arrêt *Cooper* le montre bien. Dans cette affaire, l'obligation proposée n'a pas été écartée simplement parce qu'il y avait conflit, mais bien parce qu'il y avait conflit « aux dépens d'autres intérêts importants, de l'efficacité et, enfin, de la confiance que le public éprouve à l'égard du système dans son ensemble » (par. 50). Non seulement il y avait conflit, mais le conflit aurait eu des conséquences négatives sur le plan de la politique. En l'espèce, la situation est différente. L'obligation du policier de faire preuve de diligence raisonnable envers le suspect lorsqu'il enquête sur un crime peut avoir des répercussions positives sur le plan de la politique. Elle réduira le risque de déclarations de culpabilité injustifiées et accroîtra la probabilité que le coupable soit inculpé puis reconnu coupable. À l'opposé, il est permis de douter de ses effets négatifs éventuels. Il n'a pas été démontré que la diligence raisonnable envers le suspect entrave le policier dans son enquête. J'y reviendrai plus en détail relativement à l'effet paralysant allégué.

In a variant on this argument, it is submitted that in a world of limited resources, recognizing a duty of care on police investigating crimes to a suspect will require the police to choose between spending resources on investigating crime in the public interest and spending resources in a manner that an individual suspect might conceivably prefer. The answer to this argument is that the standard of care is based on what a reasonable police officer would do in similar circumstances. The fact that funds are not unlimited is one of the circumstances that must be considered. Another circumstance that must be considered, however, is that the effective and responsible investigation of crime is one of the basic duties of the state, which cannot be abdicated. A standard of care that takes these two considerations into account will recognize what can reasonably be accomplished within a responsible and realistic financial framework.

44

Une variante de cette thèse veut que dans le contexte de ressources limitées, l'imposition au policier d'une obligation de diligence envers le suspect lorsqu'il enquête sur un crime obligerait la police à affecter ses ressources soit aux enquêtes sur les crimes dans l'intérêt public, soit à la prise de mesures dans l'intérêt des suspects individuels. Comme la norme de diligence tient à ce que ferait le policier raisonnable placé dans la même situation, l'argument ne tient pas. La limitation des ressources est une circonstance à considérer, mais il en est une autre : au nombre des obligations fondamentales de l'État figure celle d'enquêter véritablement et consciencieusement sur les crimes, à laquelle il ne peut se soustraire. Une norme de diligence qui tient compte de ces deux considérations reconnaît ce qui peut raisonnablement être accompli à l'intérieur d'un cadre financier responsable et réaliste.

45 I conclude that the relationship between a police officer and a particular suspect is close enough to support a *prima facie* duty of care.

(b) *Policy Considerations Negating the Prima Facie Duty of Care*

46 The second stage of the *Anns* test asks whether there are broader policy reasons for declining to recognize a duty of care owed by the defendant to the plaintiff. Even though there is sufficient foreseeability and proximity of relationship to establish a *prima facie* duty of care, are there policy considerations which negate or limit that duty of care?

47 In this case, negating conditions have not been established. No compelling reason has been advanced for negating a duty of care owed by police to particularized suspects being investigated. On the contrary, policy considerations support the recognition of a duty of care.

48 The respondents and interveners representing the Attorneys General of Ontario and Canada and various police associations argue that the following policy considerations negate a duty of care: the "quasi-judicial" nature of police work; the potential for conflict between a duty of care in negligence and other duties owed by police; the need to recognize a significant amount of discretion present in police work; the need to maintain the standard of reasonable and probable grounds applicable to police conduct; the potential for a chilling effect on the investigation of crime; and the possibility of a flood of litigation against the police. In approaching these arguments, I proceed on the basis that policy concerns raised against imposing a duty of care must be more than speculative; a real potential for negative consequences must be apparent. Judged by this standard, none of these considerations provide a convincing reason for rejecting a duty of care on police to a suspect under investigation.

Je conclus que la relation entre un policier et un suspect individuel est suffisamment étroite pour faire naître une obligation de diligence *prima facie*.

b) *Considérations de politique générale militant contre l'obligation de diligence prima facie*

Suivant le deuxième volet du critère de l'arrêt *Anns*, il faut se demander si des raisons de principe justifient le refus d'imposer au défendeur une obligation de diligence envers le demandeur. Même s'il existe une prévisibilité et un lien de proximité suffisants pour établir une obligation de diligence *prima facie*, des considérations de politique générale écartent-elles ou limitent-elles cette obligation?

L'existence de telles considérations n'est pas démontrée en l'espèce. Aucun argument convaincant n'est avancé pour écarter l'obligation de diligence du policier envers le suspect individuel sous enquête. Au contraire, des considérations de politique générale militent en faveur de la reconnaissance d'une obligation de diligence.

Les intimés et les intervenants qui représentent le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Canada et diverses associations policières font valoir que les considérations de politique générale suivantes écartent l'obligation de diligence : la nature « quasi-judiciaire » du travail policier, le risque de conflit entre l'obligation de diligence du policier et ses autres obligations, le rôle important du pouvoir discrétionnaire dans le travail policier, l'application nécessaire de la norme des motifs raisonnables et probables à la conduite des policiers, le risque d'effet paralysant sur les enquêtes criminelles et le risque que d'innombrables poursuites soient intentées contre des policiers. Je pars du principe que toute considération de politique générale invoquée à l'encontre de l'imposition d'une obligation de diligence ne doit pas être qu'hypothétique; le risque réel de conséquences négatives doit être manifeste. Au regard de cette exigence, aucune des considérations avancées n'offre un motif convaincant d'écarter l'obligation de diligence du policier envers le suspect sous enquête.

(i) The "Quasi-Judicial" Nature of Police Duties

It was argued that the decision of police to pursue the investigation of a suspect on the one hand, or close it on the other, is a quasi-judicial decision, similar to that taken by the state prosecutor. It is true that both police officers and prosecutors make decisions that relate to whether the suspect should stand trial. But the nature of the inquiry differs. Police are concerned primarily with gathering and evaluating evidence. Prosecutors are concerned mainly with whether the evidence the police have gathered will support a conviction at law. The fact-based investigative character of the police task distances it from a judicial or quasi-judicial role.

The possibility of holding police civilly liable for negligent investigation does not require them to make judgments as to legal guilt or innocence before proceeding against a suspect. Police are required to weigh evidence to some extent in the course of an investigation: *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474. But they are not required to evaluate evidence according to legal standards or to make legal judgments. That is the task of prosecutors, defence attorneys and judges. This distinction is properly reflected in the standard of care imposed, once a duty is recognized. The standard of care required to meet the duty is not that of a reasonable lawyer or judge, but that of a reasonable *police officer*. Where the police investigate a suspect reasonably, but lawyers, judges or prosecutors act unreasonably in the course of determining his legal guilt or innocence, then the police officer will have met the standard of care and cannot be held liable either for failing to perform the job of a lawyer, judge or prosecutor, or for the unreasonable conduct of other actors in the criminal justice system.

(ii) Discretion

The discretion inherent in police work fails to provide a convincing reason to negate the proposed duty of care. It is true that police investigation

(i) La nature « quasi-judiciaire » des fonctions policières

49 Il est allégué que la décision de poursuivre l'enquête policière sur un suspect, ou d'y mettre fin, est une décision quasi-judiciaire apparentée à celle que prend le poursuivant public. Il est vrai que policiers et poursuivants prennent des décisions quant à l'opportunité de traduire le suspect en justice. Mais la nature de la démarche diffère. Le policier cherche avant tout à recueillir la preuve et à la soupeser. Le poursuivant s'attache essentiellement à déterminer si cette preuve étaye en droit une déclaration de culpabilité. La fonction policière se distingue de la fonction judiciaire ou quasi-judiciaire en ce qu'elle s'attache aux faits.

50 Le fait qu'il s'expose à la responsabilité civile en cas d'enquête négligente n'exige pas du policier qu'il se prononce sur la culpabilité ou l'innocence du suspect avant de l'inculper. Il doit apprécier la preuve jusqu'à un certain point dans le cadre de l'enquête : *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474. Mais il n'a pas à le faire en fonction de normes juridiques ni à tirer des conclusions en droit. C'est là le rôle du poursuivant, de l'avocat de la défense et du juge. Cette distinction se reflète parfaitement dans la norme de diligence applicable une fois l'obligation reconnue. La norme de diligence à laquelle le policier doit satisfaire pour s'acquitter de son obligation n'est pas celle de l'avocat ou du juge raisonnable, mais bien celle du *policier* raisonnable. Le policier qui enquête sur un suspect de manière raisonnable, même lorsque l'avocat, le juge ou le poursuivant agit déraisonnablement pour déterminer la culpabilité ou l'innocence du suspect, respecte la norme de diligence et ne peut se voir reprocher son omission de jouer le rôle de ces autres acteurs du système de justice pénale, non plus que leur comportement déraisonnable.

(ii) Pouvoir discrétionnaire

51 Le pouvoir discrétionnaire inhérent au travail policier ne constitue pas un motif convaincant d'écarter l'obligation de diligence proposée.

involves significant discretion and that police officers are professionals trained to exercise this discretion and investigate effectively. However, the discretion inherent in police work is taken into account in formulating the *standard* of care, not whether a duty of care arises. The discretionary nature of police work therefore provides no reason to deny the existence of a duty of care in negligence.

52 Police, like other professionals, exercise professional discretion. No compelling distinction lies between police and other professionals on this score. Discretion, hunch and intuition have their proper place in police investigation. However, to characterize police work as completely unpredictable and unbound by standards of reasonableness is to deny its professional nature. Police exercise their discretion and professional judgment in accordance with professional standards and practices, consistent with the high standards of professionalism that society rightfully demands of police in performing their important and dangerous work.

53 Police are not unlike other professionals in this respect. Many professional practitioners exercise similar levels of discretion. The practices of law and medicine, for example, involve discretion, intuition and occasionally hunch. Professionals in these fields are subject to a duty of care in tort nonetheless, and the courts routinely review their actions in negligence actions without apparent difficulty.

54 Courts are not in the business of second-guessing reasonable exercises of discretion by trained professionals. An appropriate standard of care allows sufficient room to exercise discretion without incurring liability in negligence. Professionals are permitted to exercise discretion. What they are not permitted to do is to exercise their discretion unreasonably. This is in the public interest.

Certes, l'enquête policière suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire appréciable et le policier est un professionnel formé pour exercer ce pouvoir et enquêter efficacement. Or, le pouvoir discrétionnaire inhérent au travail policier doit être pris en considération pour formuler la *norme* de diligence, et non pour déterminer s'il y a ou non une obligation de diligence. Le caractère discrétionnaire du travail policier ne justifie donc pas d'écarter l'obligation de diligence.

À l'instar des membres d'autres professions, le policier exerce un pouvoir discrétionnaire professionnel. Aucun élément décisif ne le distingue à cet égard des autres professionnels. Discernement, instinct et intuition jouent leur rôle dans l'enquête policière. Toutefois, tenir le travail policier pour totalement imprévisible et affranchi des normes de raisonnabilité équivaut à nier son caractère professionnel. Dans l'exercice de ses fonctions à la fois importantes et périlleuses, le policier exerce son pouvoir discrétionnaire et son jugement professionnel selon les normes et les pratiques établies à l'égard de sa profession et il le fait dans le respect des normes élevées de professionnalisme exigé à bon droit par la société.

Sous ce rapport, le policier n'est pas différent des autres professionnels, bon nombre d'entre eux exerçant un pouvoir discrétionnaire semblable. L'exercice du droit ou de la médecine, par exemple, fait appel au discernement, à l'intuition et, parfois, à l'instinct. Dans ces domaines, le professionnel a néanmoins une obligation de diligence et voit régulièrement ses actes contrôlés par les tribunaux dans le cadre d'actions pour négligence, sans que cela ne présente apparemment de difficulté.

Il n'appartient pas au tribunal d'apprécier après coup l'exercice raisonnable du pouvoir discrétionnaire d'un professionnel compétent. Une norme de diligence appropriée offre au policier une latitude suffisante pour exercer ce pouvoir discrétionnaire sans engager sa responsabilité pour négligence. Les professionnels sont admis à exercer un pouvoir discrétionnaire. Ce qu'ils ne peuvent faire, c'est l'exercer de manière déraisonnable. Il en va de l'intérêt général.

(iii) Confusion with the Standard of Care for Arrest

Recognizing a duty of care in negligence by police to suspects does not raise the standard required of the police from reasonable and probable grounds to some higher standard, as alleged. The requirement of reasonable and probable grounds for arrest and prosecution informs the standard of care applicable to some aspects of police work, such as arrest and prosecution, search and seizure, and the stopping of a motor vehicle. A flexible standard of care appropriate to the circumstances, discussed more fully below, answers this concern.

(iv) Chilling Effect

It has not been established that recognizing a duty of care in tort would have a chilling effect on policing, by causing police officers to take an unduly defensive approach to investigation of criminal activity. In theory, it is conceivable that police might become more careful in conducting investigations if a duty of care in tort is recognized. However, this is not necessarily a bad thing. The police officer must strike a reasonable balance between cautiousness and prudence on the one hand, and efficiency on the other. Files must be closed, life must move on, but care must also be taken. All of this is taken into account, not at the stage of determining whether police owe a duty of care to a particular suspect, but in determining what the standard of that care should be.

The record does not support the conclusion that recognizing potential liability in tort significantly changes the behaviour of police. Indeed, some of the evidence suggests that tort liability has no adverse effect on the capacity of police to investigate crime. This supports the conclusion of the majority in the Court of Appeal below that the "'chilling effect' scenario" remains speculative and that concern about preventing a "chilling effect" on the investigation of crime is not (on the basis of present knowledge) a convincing policy

(iii) Confusion avec la norme de diligence applicable en matière d'arrestation

55 Malgré l'allégation formulée en ce sens, l'imposition au policier d'une obligation de diligence envers le suspect n'a pas pour effet de l'assujettir à une norme plus stricte que celle de l'existence de motifs raisonnables et probables. L'exigence de tels motifs pour l'arrestation et l'inculpation d'un individu détermine la norme de diligence qui s'applique à certains aspects du travail policier, tels que l'arrestation et l'inculpation, la fouille, la perquisition ou la saisie, de même que l'interception d'un véhicule. Une norme de diligence souple et adaptée à la situation — sur laquelle je reviendrai — permet de réfuter cette allégation.

(iv) Effet paralysant

56 Il n'a pas été établi que l'imposition d'une obligation de diligence aurait un effet paralysant sur le travail policier en ce qu'elle inciterait le policier à faire preuve de précaution excessive lors de l'enquête sur un crime. Il est théoriquement concevable que les policiers deviennent plus prudents dans leurs enquêtes si on leur impose une obligation de diligence. Toutefois, ce n'est pas nécessairement une mauvaise chose. Le policier doit établir un juste équilibre entre la précaution et la prudence, d'une part et l'efficacité, d'autre part. Les dossiers doivent être réglés, la vie doit suivre son cours, mais la prudence s'impose néanmoins. Toutes ces considérations importent non pas pour déterminer si la police a une obligation de diligence envers le suspect, mais bien pour décider de la norme de diligence applicable.

57 Le dossier ne permet pas de conclure que l'imputation d'une éventuelle responsabilité délictuelle modifiera sensiblement le comportement des policiers. En effet, certains éléments de la preuve indiquent que la responsabilité délictuelle n'entrave pas l'enquête policière criminelle. Ils appuient la conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle « l'effet paralysant » sur l'enquête criminelle demeure hypothétique et le souci de prévenir cet effet n'est pas (eu égard aux connaissances actuelles) une considération

rationale for negating a duty of care (para. 63). (For a sampling of the empirical evidence on point, see e.g.: A. H. Garrison, "Law Enforcement Civil Liability Under Federal Law and Attitudes on Civil Liability: A Survey of University, Municipal and State Police Officers" (1995), 18 *Police Stud.* 19; T. Hughes, "Police officers and civil liability: 'the ties that bind'?" (2001), 24 *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management* 240, at pp. 253-54, 256 and 257-58; M. S. Vaughn, T. W. Cooper and R. V. del Carmen, "Assessing Legal Liabilities in Law Enforcement: Police Chiefs' Views" (2001), 47 *Crime & Delinquency* 3; D. E. Hall et al., "Suing cops and corrections officers: Officer attitudes and experiences about civil liability" (2003), 26 *Policing: An International Journal of Police Stategies & Management* 529, at pp. 544-45.) Whatever the situation may have been in the United Kingdom (see *Brooks v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24; *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238 (H.L.)), the studies adduced in this case do not support the proposition that recognition of tort liability for negligent police investigation will impair it.

58 The lack of evidence of a chilling effect despite numerous studies is sufficient to dispose of the suggestion that recognition of a tort duty would motivate prudent officers not to proceed with investigations "except in cases where the evidence is overwhelming" (Charron J., at para. 152). This lack of evidence should not surprise us, given the nature of the tort. All the tort of negligent investigation requires is that the police act reasonably in the circumstances. It is reasonable for a police officer to investigate in the absence of overwhelming evidence — indeed evidence usually becomes overwhelming only by the process of investigation. Police officers can investigate on whatever basis and in whatever circumstances they choose, provided they act reasonably. The police need not let all but clearly impaired drivers go to avoid the risk of litigation, as my colleague suggests. They need only act reasonably. They may arrest or demand a breath sample if they have reasonable and probable

de politique générale justifiant d'écarter l'obligation de diligence (par. 63). (Pour un aperçu de la preuve empirique sur ce point, voir p. ex., A. H. Garrison, « Law Enforcement Civil Liability Under Federal Law and Attitudes on Civil Liability : A Survey of University, Municipal and State Police Officers » (1995), 18 *Police Stud.* 19; T. Hughes, « Police officers and civil liability : "the ties that bind"? » (2001), 24 *Policing : An International Journal of Police Strategies & Management* 240, p. 253-254, 256, 257 et 258; M. S. Vaughn, T. W. Cooper et R. V. del Carmen, « Assessing Legal Liabilities in Law Enforcement : Police Chiefs' Views » (2001), 47 *Crime & Delinquency* 3; D. E. Hall et autres, « Suing cops and corrections officers : Officer attitudes and experiences about civil liability » (2003), 26 *Policing : An International Journal of Police Strategies & Management* 529, p. 544-545.) Quelle qu'ait pu être la situation au Royaume-Uni (voir *Brooks c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24; *Hill c. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238 (H.L.)), les études versées au dossier ne permettent pas de conclure que l'imputation d'une responsabilité délictuelle pour enquête policière négligente empirerait les choses.

L'absence de preuve d'un effet paralysant, malgré les nombreuses études, réfute la prétention que la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle inciterait le policier prudent à ne poursuivre l'enquête « que si la preuve est accablante » (la juge Charron, par. 152). Vu la nature du délit, cette absence de preuve n'est pas pour nous surprendre. Le délit d'enquête négligente fait seulement en sorte que le policier doive agir raisonnablement dans les circonstances. Il est raisonnable que le policier enquête même si la preuve n'est pas accablante, car elle ne le devient habituellement que grâce à l'enquête. Les policiers peuvent enquêter quels que soient les motifs et les circonstances qui les y incitent, pourvu qu'ils agissent raisonnablement. Contrairement à ce que laisse entendre ma collègue, ils ne devront pas, pour échapper à toute responsabilité éventuelle, se contenter d'intercepter les conducteurs dont les facultés sont manifestement affaiblies. Ils n'auront qu'à agir

grounds. And where such grounds are absent, they may have recourse to statutorily authorized roadside tests and screening.

It should also be noted that many police officers (like other professionals) are indemnified from personal civil liability in the course of exercising their professional duties, reducing the prospect that their fear of civil liability will chill crime prevention.

(v) Flood of Litigation

Recognizing sufficient proximity in the relationship between police and suspect to ground a duty of care does not open the door to indeterminate liability. Particularized suspects represent a limited category of potential claimants. The class of potential claimants is further limited by the requirement that the plaintiff establish compensable injury caused by a negligent investigation. Treatment rightfully imposed by the law does not constitute compensable injury. These considerations undermine the spectre of a glut of jailhouse lawsuits for negligent police investigation.

The record provides no basis for concluding that there will be a flood of litigation against the police if a duty of care is recognized. As the Court of Appeal emphasized, the evidence from the Canadian experience seems to be to the contrary (majority reasons, at para. 64). Quebec and Ontario have both recognized police liability in negligence (or the civil law equivalent) for many years, and there is no evidence that the floodgates have opened and a large number of lawsuits against the police have resulted. (See the majority reasons in the Court of Appeal, at para. 64.) The best that can be said from the record is that recognizing a duty of care owed by police officers to particular suspects led to a relatively small number of lawsuits, the cost of which are unknown, with effects on the police that have not been measured. This is not enough to negate the *prima facie* duty of care established at the first stage of the *Anns* test.

raisonnablement. Ils peuvent arrêter une personne ou lui ordonner de fournir un échantillon d'haleine s'ils ont des motifs raisonnables et probables de le faire. À défaut de tels motifs, ils peuvent recourir aux contrôles routiers autorisés par la loi.

59 Il convient aussi de signaler qu'à l'instar d'autres professionnels, bon nombre de policiers bénéficient dans l'exercice de leurs fonctions d'une protection contre la responsabilité civile, ce qui diminue le risque que leur crainte d'engager leur responsabilité personnelle ait un effet paralysant sur leurs activités de prévention du crime.

(v) Déferlement de poursuites

60 Reconnaître que la relation entre le policier et le suspect est suffisamment étroite pour fonder une obligation de diligence n'ouvre pas la voie à une responsabilité indéterminée. Les suspects individuels forment une catégorie limitée de demandeurs possibles, une catégorie également restreinte par le fait que le demandeur doit établir que l'enquête négligente lui a infligé un préjudice indemnisable. Un traitement imposé à bon droit par la loi ne saurait constituer un préjudice indemnisable. Il est donc peu probable que les prisonniers multiplient les poursuites pour enquête policière négligente.

61 Le dossier ne permet pas de conclure que les policiers s'exposent à un déluge de poursuites s'ils se voient imposer une obligation de diligence. Comme l'a souligné la Cour d'appel, la réalité canadienne semble montrer le contraire (motifs des juges majoritaires, par. 64). Depuis de nombreuses années, le Québec et l'Ontario reconnaissent la responsabilité policière pour négligence (ou son équivalent en droit civil) et rien n'indique que les poursuites contre les policiers se sont multipliées (motifs des juges majoritaires, par. 64). Au vu du dossier, on peut affirmer tout au plus que l'imposition au policier d'une obligation de diligence envers le suspect a donné lieu à un nombre relativement minime de poursuites dont le coût et les effets sur la police demeurent indéterminés. Cela ne suffit pas pour écarter l'obligation de diligence *prima facie* établie à la première étape du critère de l'arrêt *Anns*.

(vi) The Risk that Guilty Persons Who Are Acquitted May Unjustly Recover in Tort

62 My colleague Charron J. (at paras. 156 ff.) states that recognizing tort liability for negligent police investigation raises the possibility that persons who have been acquitted of the crime investigated and charged, but who are in fact guilty, may recover against an officer for negligent investigation. This, she suggests, would be unjust.

63 This possibility of "injustice" — if indeed that is what it is — is present in any tort action. A person who recovers against her doctor for medical malpractice may, despite having proved illness in court, have in fact been malingering. Or, despite having convinced the judge on a balance of probabilities that the doctor's act caused her illness, it may be that the true source of the problem lay elsewhere. The legal system is not perfect. It does its best to arrive at the truth. But it cannot discount the possibility that a plaintiff who has established a cause of action may "factually", if we had means to find out, not have been entitled to recover. The possibility of error may be greater in some circumstances than others. However, I know of no case where this possibility has led to the conclusion that tort recovery for negligence should be denied.

64 The answer to the ever-present possibility of erroneous awards of damages lies elsewhere, it seems to me. The first safeguard is the requirement that the plaintiff prove every element of his or her case. Any suspect suing the police bears the burden of showing that police negligence in the course of an investigation caused harm compensable at law. This means that the suspect must establish through evidence that the damage incurred, be it a conviction, imprisonment, prosecution or other compensable harm, would not have been suffered but for the police's negligent investigation. Evidence going to the factual guilt or innocence of the suspect, including the results of any criminal proceedings that may have occurred, may be relevant to this causation inquiry. It is not necessary to

(vi) Le risque qu'une personne coupable acquittée obtienne indûment réparation

Ma collègue la juge Charron affirme que la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle pour enquête policière négligente comporte le risque que la personne qui a été acquittée du crime pour lequel elle a fait l'objet d'une enquête puis d'une inculpation, alors qu'elle était en fait coupable, poursuive les policiers et obtienne une indemnité (par. 156 et suiv.). Ce serait selon elle injuste.

Ce risque d'« injustice » — si c'est bien ce dont il s'agit — est inhérent à toute action en responsabilité délictuelle. Il peut arriver que la personne qui poursuit son médecin pour faute médicale simule en fait sa maladie malgré la preuve qu'elle en fait devant le tribunal. Et même si, selon la prépondérance des probabilités, elle convainc le juge que sa maladie est imputable à un acte du médecin, il se peut qu'elle ait en fait une autre origine. Le système de justice n'est pas infaillible : il fait de son mieux pour établir la vérité, mais il ne peut écarter la possibilité qu'un demandeur ayant établi une cause d'action n'ait pas « réellement » droit à une indemnité (à supposer que l'on puisse le déterminer). Le risque d'erreur peut être plus grand dans certaines circonstances. Or, je ne connais pas de situation dans laquelle ce risque a mené à la conclusion que le droit d'action en responsabilité délictuelle pour négligence devrait être écarté.

Selon moi, il y a d'autres moyens de contrer le risque toujours présent qu'une indemnité soit accordée à tort. Le premier est d'exiger que le demandeur prouve chacun des éléments de la responsabilité qu'il allègue. Le suspect qui poursuit la police doit établir que la négligence dont celle-ci a fait preuve dans son enquête lui a causé un préjudice indemnisable en droit. Il doit donc faire la preuve que, n'eût été l'enquête négligente, il n'aurait pas subi le préjudice causé par la déclaration de culpabilité, l'emprisonnement, la poursuite ou l'autre mesure ouvrant droit à indemnisation. La preuve relative à la culpabilité ou à l'innocence réelle du suspect, y compris les conclusions de toute instance criminelle, peut être prise en compte pour déterminer le lien de causalité. Il n'est pas nécessaire de décider

decide here whether an acquittal should be treated as conclusive proof of innocence in a subsequent civil trial. Existing authority is equivocal: *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63. (I note that in the United States, victims may recover damages against a defendant who has been acquitted in criminal proceedings: *Rufo v. Simpson*, 103 Cal.Rptr.2d 492 (Ct. App. 2001).) The second safeguard is the right of appeal. These safeguards, not the categorical denial of the right to sue in tort, are the law's response to the ever-present possibility of error in the legal process.

I conclude that no compelling policy reason has been shown to negate the *prima facie* duty of care.

2. Standard of Care

Two issues arise: What is the appropriate standard of care? and Was that standard met on the facts of this case?

(a) *The Appropriate Standard of Care for the Tort of Negligent Investigation*

Both the trial judge and the Court of Appeal adopted the standard of the reasonable police officer in like circumstances as the standard that is generally appropriate in cases of alleged negligent investigation. I agree that this is the correct standard.

A number of considerations support the conclusion that the standard of care is that of a reasonable police officer in all the circumstances. First, the standard of a reasonable police officer in all the circumstances provides a flexible overarching standard that covers all aspects of investigatory police work and appropriately reflects its realities. The particular conduct required is informed by the stage of the investigation and applicable legal considerations. At the outset of an investigation, the police may have little more than hearsay, suspicion and a hunch. What is required is that they act as a reasonable investigating officer would in those circumstances. Later, in laying charges, the standard

en l'espèce si l'acquittement doit être considéré comme une preuve d'innocence concluante pour les besoins d'une instance civile. La jurisprudence actuelle est équivoque : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63. (Je signale qu'aux États-Unis, la victime peut réclamer des dommages-intérêts au défendeur acquitté au terme d'un procès criminel : *Rufo c. Simpson*, 103 Cal.Rptr.2d 492 (Ct. App. 2001).) La seconde mesure de protection est le droit d'appel. Ces garanties, et non le refus catégorique du droit d'intenter une action délictuelle, sont les moyens qu'offre la justice pour contrer le risque constant d'erreur judiciaire.

Je conclus qu'aucune raison de principe ne justifie d'écarter l'obligation de diligence *prima facie*. 65

2. Norme de diligence

Deux questions se posent : quelle est la norme de diligence appropriée et cette norme a-t-elle été respectée en l'espèce? 66

a) *La norme de diligence applicable pour les besoins du délit d'enquête négligente*

Le juge de première instance et la Cour d'appel ont considéré que la norme du policier raisonnable placé dans la même situation s'appliquait généralement en cas d'allégation d'enquête négligente. Je conviens qu'il s'agit de la norme appropriée. 67

Un certain nombre d'éléments étayent la conclusion selon laquelle la norme de diligence est celle du policier raisonnable eu égard à toutes les circonstances. Premièrement, il s'agit d'une norme à la fois générale et souple valant pour tous les aspects du travail d'enquête du policier et tenant dûment compte de sa réalité. La conduite qui s'impose dépend du stade de l'enquête et des considérations juridiques applicables. Il se peut qu'au début de l'enquête, les policiers n'aient qu'une preuve par ouï-dire, un soupçon et une intuition. Il leur faut alors agir comme le feraient des enquêteurs raisonnables placés dans la même situation. À l'étape ultérieure de l'inculpation, la norme est éclairée par 68

is informed by the legal requirement of reasonable and probable grounds to believe the suspect is guilty; since the law requires such grounds, a police officer acting reasonably in the circumstances would insist on them. The reasonable officer standard entails no conflict between criminal standards (Charron J., at para. 175). Rather, it incorporates them, in the same way it incorporates an appropriate degree of judicial discretion, denies liability for minor errors or mistakes and rejects liability by hindsight. In all these ways, it reflects the realities of police work.

69 Second, as mentioned, the general rule is that the standard of care in negligence is that of the reasonable person in similar circumstances. In cases of professional negligence, this rule is qualified by an additional principle: where the defendant has special skills and experience, the defendant must "live up to the standards possessed by persons of reasonable skill and experience in that calling". (See L. N. Klar, *Tort Law* (3rd ed. 2003), at p. 306.) These principles suggest the standard of the reasonable officer in like circumstances.

70 Third, the common law factors relevant to determining the standard of care confirm the reasonable officer standard. These factors include: the likelihood of known or foreseeable harm, the gravity of harm, the burden or cost which would be incurred to prevent the injury, external indicators of reasonable conduct (including professional standards) and statutory standards. (See *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *R. v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, at p. 227.) These factors suggest a standard of reasonableness, not something less onerous. There is a significant likelihood that police officers may cause harm to suspects if they investigate negligently. The gravity of the potential harm caused is serious. Suspects may be arrested or imprisoned, their livelihoods affected and their reputations irreparably damaged. The cost of preventing the injury, in comparison, is not undue. Police meet a standard of reasonableness by merely

l'exigence légale de motifs raisonnables et probables de croire à la culpabilité du suspect; puisque la loi lui fait obligation d'avoir de tels motifs, le policier raisonnable dans les circonstances s'assurera d'en avoir. La norme du policier raisonnable n'a pas pour effet de rendre les normes criminelles contradictoires entre elles (la juge Charron, par. 175). Au contraire, elle les intègre, tout comme elle intègre la latitude judiciaire nécessaire, elle écarte la responsabilité pour l'erreur sans gravité et elle rejette la responsabilité établie à l'issue d'une appréciation a posteriori. De la sorte, elle tient compte de la réalité du travail policier.

Deuxièmement, je le répète, la règle générale veut que la norme de diligence applicable en matière de négligence soit celle de la personne raisonnable placée dans la même situation. Dans le cas de la négligence professionnelle, cette règle se double d'un autre principe : le défendeur qui possède compétences et expérience dans un domaine en particulier doit [TRADUCTION] « se montrer à la hauteur des exigences auxquelles satisfont les personnes dotées de compétences et d'une expérience raisonnables dans ce domaine ». (Voir L. N. Klar, *Tort Law* (3e éd. 2003), p. 306.) Ces principes appellent l'application de la norme du policier raisonnable placé dans la même situation.

Troisièmement, les facteurs considérés en common law pour déterminer la norme de diligence applicable confirment qu'il s'agit de la norme du policier raisonnable. Ces facteurs englobent la probabilité d'un préjudice connu ou prévisible, la gravité du préjudice, le coût de la prévention du préjudice, les critères externes de raisonnabilité de la conduite (y compris les normes professionnelles) et les normes légales (voir les arrêts *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, et *R. c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, p. 227). Ces facteurs donnent à penser que c'est une norme de raisonnabilité, et non une norme moins stricte, qui s'applique. Le risque que le policier cause un préjudice au suspect s'il enquête de façon négligente est grand. Le préjudice susceptible d'être infligé est grave. Un suspect peut être arrêté ou emprisonné, ses moyens de subsistance peuvent être compromis et sa réputation peut être entachée à jamais. En

doing what a reasonable police officer would do in the same circumstances — by living up to accepted standards of professional conduct to the extent that it is reasonable to expect in given circumstances. This seems neither unduly onerous nor overly costly. It must be supposed that professional standards require police to act professionally and carefully, not just to avoid gross negligence. The statutory standards imposed by the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, although not definitive of the standard of care, are instructive (s. 1).

comparaison, le coût de la prévention du préjudice n'est pas excessif. Le policier respecte la norme de raisonnabilité en agissant simplement comme le ferait un policier raisonnable placé dans la même situation — c'est-à-dire en se montrant à la hauteur des normes de conduite professionnelle établies dans la mesure qu'exige raisonnablement la situation. Cela ne semble ni trop sévère, ni trop coûteux. Il faut supposer que les normes professionnelles exigent des policiers qu'ils agissent avec professionnalisme et prudence, pas seulement qu'ils évitent les fautes graves. Bien qu'elles ne soient pas concluantes quant à la norme de diligence applicable, les normes établies par la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, sont instructives (art. 1).

Fourth, the nature and importance of police work reinforce a standard of the reasonable officer in similar circumstances. Police conduct has the capacity to seriously affect individuals by subjecting them to the full coercive power of the state and impacting on their repute and standing in the community. It follows that police officers should perform their duties reasonably. It has thus been recognized that police work demands that society (including the courts) impose and enforce high standards on police conduct (Cory Report, at p. 10). This supports a reasonableness standard, judged in the context of a similarly situated officer. A more lenient standard is inconsistent with the standards that society and the law rightfully demand of police in the performance of their crucially important work.

71 Quatrièmement, la nature et l'importance du travail policier militent en faveur de la norme du policier raisonnable placé dans la même situation. Par ses actes, le policier peut porter gravement atteinte à une personne en la soumettant au pouvoir coercitif de l'État et en compromettant sa réputation et son statut social. Il doit donc agir raisonnablement dans l'exercice de ses fonctions. C'est pourquoi il a été reconnu que le travail policier exige de la société (y compris les tribunaux) qu'elle assujettisse les policiers à des normes de conduite strictes (rapport Cory, p. 10). D'où l'application d'une norme de raisonnabilité, sous l'angle du policier placé dans la même situation. Une norme moins stricte est incompatible avec les exigences auxquelles la société et le droit assujettissent à juste titre les policiers dans l'exercice de leurs fonctions éminemment importantes.

Finally, authority supports the standard of the reasonable police officer similarly placed. The preponderance of case law dealing with professionals has applied the standard of the reasonably competent professional in like circumstances. (See Klar, at p. 349; see also the reasons of the trial judge at para. 63.) The Quebec Court of Appeal has twice stated that the standard is the ordinarily competent officer in like circumstances (*Jauvin v. Procureur général du Québec*, [2004] R.R.A. 37, at para. 59, and *Lacombe v. André*, [2003] R.J.Q. 720, at para. 41).

72 Enfin, la jurisprudence appuie l'application de la norme du policier raisonnable placé dans la même situation. La majorité des décisions de justice visant des professionnels appliquent la norme du professionnel raisonnablement compétent placé dans la même situation (voir Klar, p. 349; jugement de première instance, par. 63). La Cour d'appel du Québec a confirmé à deux reprises l'application de la norme du policier normalement compétent placé dans les mêmes circonstances (*Jauvin c. Procureur général du Québec*, [2004] R.R.A. 37, par. 59; *Lacombe c. André*, [2003] R.J.Q. 720, par. 41).

73 I conclude that the appropriate standard of care is the overarching standard of a reasonable police officer in similar circumstances. This standard should be applied in a manner that gives due recognition to the discretion inherent in police investigation. Like other professionals, police officers are entitled to exercise their discretion as they see fit, provided that they stay within the bounds of reasonableness. The standard of care is not breached because a police officer exercises his or her discretion in a manner other than that deemed optimal by the reviewing court. A number of choices may be open to a police officer investigating a crime, all of which may fall within the range of reasonableness. So long as discretion is exercised within this range, the standard of care is not breached. The standard is not perfection, or even the optimum, judged from the vantage of hindsight. It is that of a reasonable officer, judged in the circumstances prevailing at the time the decision was made — circumstances that may include urgency and deficiencies of information. The law of negligence does not require perfection of professionals; nor does it guarantee desired results (Klar, at p. 359). Rather, it accepts that police officers, like other professionals, may make minor errors or errors in judgment which cause unfortunate results, without breaching the standard of care. The law distinguishes between unreasonable mistakes breaching the standard of care and mere "errors in judgment" which any reasonable professional might have made and therefore, which do not breach the standard of care. (See *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Folland v. Reardon* (2005), 74 O.R. (3d) 688 (C.A.); Klar, at p. 359.)

(b) *Application of the Standard of Care to the Facts — Was the Police Conduct in this Case Negligent?*

74 The defendant police officers owed a duty of care to Mr. Hill. That required them to meet the standard of a reasonable officer in similar circumstances. While the investigation that led to Mr. Hill's arrest and conviction was flawed, I conclude that it did not breach this standard, judged by the standards of the day.

Je conclus que la norme de diligence applicable est la norme générale du policier raisonnable placé dans la même situation. Cette norme devrait s'appliquer de manière à bien reconnaître le pouvoir discrétionnaire inhérent à l'enquête policière. Comme les autres professionnels, le policier peut exercer son pouvoir discrétionnaire comme il le juge opportun, à condition de respecter les limites de la raisonnabilité. Le policier qui exerce son pouvoir discrétionnaire d'une autre manière que celle jugée optimale par le tribunal de révision n'enfreint pas la norme de diligence. Plusieurs choix peuvent s'offrir au policier qui enquête sur un crime, et tous ces choix peuvent être raisonnables. Tant que l'exercice du pouvoir discrétionnaire est raisonnable, la norme de diligence est observée. La norme ne commande pas une démarche parfaite, ni même optimale, lorsqu'on considère celle-ci avec le recul. La norme est celle du policier raisonnable au regard de la situation — urgence, données insuffisantes, etc. — au moment de la décision. Le droit de la négligence n'exige pas des professionnels qu'ils soient parfaits ni qu'ils obtiennent les résultats escomptés (Klar, p. 359). En fait, il admet qu'à l'instar des autres professionnels, le policier peut, sans enfreindre la norme de diligence, commettre des erreurs sans gravité ou des erreurs de jugement aux conséquences fâcheuses. Le droit distingue l'erreur déraisonnable emportant l'inobservation de la norme de diligence de la simple « erreur de jugement » que n'importe quel professionnel raisonnable aurait pu commettre et qui, par conséquent, n'enfreint pas la norme de diligence. (Voir *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Folland c. Reardon* (2005), 74 O.R. (3d) 688 (C.A.); Klar, p. 359.)

b) *L'application de la norme de diligence aux faits — les policiers ont-ils été négligents en l'espèce?*

Les policiers défendeurs avaient une obligation de diligence envers M. Hill. Ils devaient donc satisfaire à la norme du policier raisonnable placé dans la même situation. L'enquête ayant mené à l'arrestation de M. Hill et à sa déclaration de culpabilité était entachée d'erreurs, mais au vu des exigences alors applicables, je conclus que les policiers n'ont pas enfreint cette norme.

Hill alleges that Detective Loft, who was in charge of the investigation of the plastic bag robberies, conducted the investigation negligently, and that Officers McLaughlin, Stewart, Matthews and Hill acted negligently in aspects of the investigation assigned to them. On this basis, he argues that the Police Services Board is vicariously liable for the individual acts and omissions of its officers.

The arrest itself is not impugned as negligent. Although there were problems in the case against Hill, it is accepted that the investigation, as it stood at the time the arrest was made, disclosed reasonable and probable grounds. It is the conduct of the police prior to and following the arrest that Hill criticizes. At the pre-arrest stage, Mr. Hill alleges: witness contamination as the result of publishing his photo (McLaughlin); failure to make proper records of events and interviews with witnesses (McLaughlin and Stewart); interviewing two witnesses together and with a photo of Hill on the desk (McLaughlin); and structural bias in the photo lineup in which Hill was identified (Hill and Loft). At the post-arrest stage, Hill charges that Detective Loft failed to reinvestigate after evidence came to light that suggested the robber was not Hill, but a different man, Sotomayer. (It is also alleged that Detective Loft failed to communicate relevant facts to defence counsel. This has more to do with trial conduct than investigation, and I consider it no further.)

We must consider the conduct of the investigating officers in the year 1995 in all of the circumstances, including the state of knowledge then prevailing. Police practices, like practices in other professions, advance as time passes and experience and understanding accumulate. Better practices that developed in the years after Hill's investigation are therefore not conclusive. By extension, the conclusion that certain police actions did not violate the standard of care in 1995 does not necessarily mean that the same or similar actions would meet the standard of care today or in the future. We

M. Hill soutient que l'inspecteur Loft, chargé de l'enquête sur les vols au sac en plastique, a mené l'enquête avec négligence et que les agents McLaughlin, Stewart, Matthews et Hill ont fait preuve de négligence dans l'exécution de leurs tâches respectives. Pour cette raison, il prétend que la Commission des services policiers est responsable des actes et des omissions de ses policiers. 75

La négligence n'est pas invoquée à l'encontre de l'arrestation comme telle. Même si la preuve contre M. Hill comportait des lacunes, il est admis que l'enquête révélait l'existence de motifs raisonnables et probables de croire à sa culpabilité au moment de l'arrestation. Ce sont les actes des policiers antérieurs et postérieurs à son arrestation que conteste M. Hill. En ce qui concerne l'étape antérieure, il fait valoir que les témoins ont été influencés par la publication de sa photo (McLaughlin), que les faits et les interrogatoires des témoins n'ont pas été dûment consignés (McLaughlin et Stewart), que deux témoins ont été interrogés ensemble, sa photo reposant alors sur le bureau (McLaughlin) et que la séance de présentation de photos au cours de laquelle il a été identifié était foncièrement tendancieuse (Hill et Loft). Quant à l'étape postérieure à son arrestation, M. Hill reproche à l'inspecteur Loft de ne pas avoir rouvert l'enquête après la découverte de nouveaux éléments de preuve qui tendaient à le disculper et à incriminer un autre homme, M. Sotomayer. (Il prétend aussi que l'inspecteur Loft a omis de communiquer des faits importants à l'avocat de la défense. Cette allégation vise davantage le déroulement du procès que celui de l'enquête, et je ne m'y arrête pas.) 76

Nous devons apprécier les actes des policiers enquêteurs en 1995 eu égard à l'ensemble de la situation, y compris l'état des connaissances. Chez les policiers, comme chez les autres professionnels, les façons de faire évoluent avec le temps, l'expérience acquise et l'assimilation des connaissances. Les pratiques améliorées qui ont vu le jour au cours des années qui ont suivi l'enquête sur M. Hill ne sont donc pas concluantes. Ainsi, certaines mesures policières tenues pour conformes à la norme de diligence en 1995, ou des mesures semblables, n'y satisfont plus nécessairement. Aussi, il ne faut pas 77

must also avoid the counsel of perfection; the reasonable officer standard allows for minor mistakes and misjudgments. Finally, proper scope must be accorded to the discretion police officers properly exercise in conducting an investigation.

78 Considered in this light, the first four complaints, while questionable, were not sufficiently serious on the record viewed as a whole to constitute a departure from the standard of a reasonable police officer in the circumstances. The publication of Hill's photo, the somewhat incomplete record of witness interviews, the fact that two witnesses were interviewed together and the failure to blind-test the photos put to witnesses are not good police practices, judged by today's standards. But the evidence does not establish that a reasonable officer in 1995 would not have followed similar practices in similar circumstances. Nor is it clear that if these incidents had not occurred, Hill would not have been charged and convicted. It follows that the individual officers involved in these incidents cannot be held liable to Hill in negligence.

79 This brings us to the photo lineup. The photo array consisted of one aboriginal suspect, Hill, and eleven Caucasian foils. However, a number of the subjects had similar features and colouring, so that Hill did not in fact stand out as the only aboriginal.

80 The first question is whether this photo lineup met the standard of a reasonable officer investigating an offence in 1995. The trial judge accepted expert evidence that there were "no rules" and "a great deal of variance in practice right up to the present time" in relation to photo lineups (paras. 66 and 70). These findings of fact have not been challenged. It follows that on the evidence adduced, it cannot be concluded that the photo lineup was unreasonable, judged by 1995 standards. This said, the practice followed was not ideal. A reasonable officer today might be expected to avoid lineups using foils of a different race than the suspect, to avoid both the perception of injustice and the real

rechercher la perfection; la norme du policier raisonnable admet les erreurs et les écarts de jugement mineurs. Enfin, il faut offrir au policier la latitude voulue pour exercer son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il enquête.

Dans cette optique, les quatre premiers sujets de reproche, bien qu'ils soient discutables, ne sont pas assez graves au vu de l'ensemble du dossier pour emporter l'inobservation de la norme du policier raisonnable placé dans la même situation. La publication de la photo de M. Hill, la consignation plus ou moins complète des interrogatoires des témoins, l'interrogatoire de deux témoins en présence l'un de l'autre et l'omission de confier la tenue de la séance d'identification photographique à un policier désintéressé ne sont pas, au regard des exigences actuelles, des mesures policières acceptables. Mais la preuve ne démontre pas qu'en 1995, un policier raisonnable n'aurait pas agi de la sorte dans la même situation. Il n'appert pas non plus de la preuve que n'eût été ces incidents, M. Hill n'aurait pas été inculpé et déclaré coupable. C'est pourquoi les policiers en cause ne sauraient être coupables de négligence envers M. Hill.

Cela nous amène à la séance d'identification photographique. Les photos utilisées étaient celles du suspect autochtone, M. Hill, et de onze personnes de race blanche. Certains sujets présentaient toutefois les mêmes caractéristiques, dont la couleur de la peau, de sorte que dans les faits, M. Hill ne se distinguait pas en tant que seul Autochtone.

Il faut d'abord déterminer si la séance a respecté la norme du policier raisonnable enquêtant sur une infraction en 1995. Le juge de première instance a retenu le témoignage d'un expert en la matière selon lequel il n'existait [TRADUCTION] « pas de règles » et « les pratiques diffèrent considérablement, encore aujourd'hui » pour la tenue d'une telle séance (par. 66 et 70). Ces conclusions de fait n'ont pas été contestées. Au vu de la preuve, on ne peut donc pas conclure que la séance d'identification photographique était déraisonnable selon les normes applicables en 1995. Cela dit, la méthode employée n'était pas idéale. De nos jours, le policier raisonnable doit éviter de présenter des photos

possibility of unfairness to suspects who are members of minority groups — concerns underlined by growing awareness of persisting problems with institutional bias against minorities in the criminal justice system, including aboriginal persons like Mr. Hill. (See Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada* (1996).)

de personnes d'une autre race que celle du suspect afin de ne pas donner une impression d'injustice et d'écarter le risque réel d'iniquité envers un suspect appartenant à un groupe minoritaire, étant donné la plus grande sensibilisation à la persistance d'un préjugé institutionnel défavorable aux minorités — y compris celle dont fait partie M. Hill, les Autochtones — dans le système de justice criminelle. (Voir Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada* (1996).)

In any event, it was established that the lineup's racial composition did not lead to unfairness. A racially skewed lineup is structurally biased only "if you can tell that the one person is non-Caucasian" and "assuming the suspect is the one that's standing out" (majority reasons in the Court of Appeal, at para. 105). Although the suspects were classified as being of a different race by the police's computer system, at least some of them appeared to have similar skin tones and similar facial features to Hill. On this evidence, the trial judge concluded that the lineup was not in fact structurally biased. Any risk that Hill might have been unfairly chosen over the 11 foils in the photo lineup did not arise from structural bias relating to the racial makeup of the lineup but rather from the fact that Hill happened to look like the individual who actually perpetrated the robberies, Frank Sotomayer.

81 Quoi qu'il en soit, il a été établi que la composition raciale de la série de photos présentées n'a pas créé d'injustice. Une séance d'identification orientée sur le plan racial n'est foncièrement défavorable au suspect que [TRADUCTION] « lorsque l'on peut dire que cette personne n'est pas de race blanche [. . .] à supposer que le suspect soit celui qui se démarque du groupe » (motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel, par. 105). Même si le système informatique de la police indiquait que les suspects étaient d'une autre race, au moins quelques-uns d'entre eux paraissaient avoir un teint et des traits semblables à ceux de M. Hill. Le juge de première instance a donc conclu que, dans les faits, la séance d'identification n'avait pas été foncièrement défavorable. Le risque que M. Hill ait été injustement désigné plutôt qu'un autre n'est pas imputable à l'orientation raciale tendancieuse de la séance, mais bien au fait qu'il ressemblait au véritable auteur des vols qualifiés, Frank Sotomayer.

It remains to consider Mr. Hill's complaint that the police negligently failed to reinvestigate when new information suggesting he was not the robber came to light after his arrest and incarceration. This complaint must be considered in the context of the investigation as a whole. The police took the view from the beginning that the 10 robberies were the work of a single person, branded the plastic bag robber. They maintained this view and arrested Hill despite a series of tips implicating two men, "Pedro" and "Frank". Other weaknesses in the pre-charge case against Hill were the failure of a search of Hill's home to turn up evidence, and the fact that at the time of his arrest Hill had a long goatee of

82 Il convient ensuite d'examiner l'allégation de M. Hill selon laquelle les policiers ont fait preuve de négligence en omettant de rouvrir l'enquête malgré la découverte, après son arrestation et son incarcération, d'éléments nouveaux le disculpant. Cette allégation doit être considérée dans le contexte de l'enquête en entier. Les policiers ont supposé au départ que les dix vols qualifiés étaient l'œuvre d'une seule personne, le voleur au sac en plastique. Ils ont persisté dans cette croyance et ont arrêté M. Hill, malgré la communication de renseignements incriminant deux hommes, « Pedro » et « Frank ». La preuve dont ils disposaient contre M. Hill avant le dépôt des accusations comportait d'autres faiblesses,

several weeks' growth, while the eyewitnesses to the crime described the robber as a clean-shaven man. While the police may have had reasonable and probable grounds for charging Hill, there were problems with their case.

83 After Hill was charged and taken into custody, the robberies continued. Another officer, Detective Millin, was put in charge of the investigation of these charges. Sotomayer emerged as a suspect. Millin went into Hill's file and became concerned that Sotomayer, not Hill, may have committed at least some of the earlier robberies. He met with Detective Loft and discussed with him the fact that in the photographic record, the perpetrator of the December 16 robbery resembled Sotomayer more than Hill. As a result, on March 7 the charges against Hill relating to that robbery were withdrawn and Sotomayer was charged instead. Detective Millin met with Detective Loft again on April 4 and 6 to express concerns that Sotomayer and not Hill was the plastic bag bandit on the other charges. Detective Loft told Detective Millin that he would attempt to have the trial of the charges against Hill put over to permit further investigation. He never did so. The matter remained in the hands of the Crown prosecutors and no further investigation was done. Eventually, the Crown withdrew all the charges, except one, on which Hill was convicted. Detective Loft did not intervene to prevent that charge going forward. Nor did he check the alibi that Hill supplied. Had Detective Loft conducted further investigation, it is likely the case against Hill would have collapsed. Had he re-interviewed the eyewitnesses, for example, and shown them Sotomayer's photo, it is probable that matters would have turned out otherwise; when the witnesses were eventually shown the photo of Sotomayer, they recanted their identification of Hill as the robber.

84 When new information emerges that could be relevant to the suspect's innocence, reasonable police

dont le fait qu'une perquisition effectuée chez lui n'avait pas permis d'étoffer la preuve et le fait qu'au moment de son arrestation, M. Hill arborait une longue barbichette de plusieurs semaines, alors que les témoins oculaires avaient décrit le voleur comme étant un homme rasé de près. Les policiers ont pu avoir des motifs raisonnables et probables d'inculper M. Hill, mais la preuve laissait à désirer.

Après l'inculpation et la mise sous garde de M. Hill, d'autres vols qualifiés ont été commis. L'enquête a alors été confiée à un autre policier, l'inspecteur Millin. Ses soupçons ont porté sur M. Sotomayer. Après consultation du dossier de M. Hill, l'inspecteur Millin s'est demandé si M. Sotomayer n'avait pas commis au moins quelques-uns des vols imputés à M. Hill. Il a rencontré l'inspecteur Loft et lui a fait part du fait que, suivant les photos au dossier, l'auteur du vol qualifié du 16 décembre ressemblait davantage à M. Sotomayer qu'à M. Hill. Le 7 mars, les accusations portées contre M. Hill relativement à ce vol ont donc été retirées, et M. Sotomayer a formellement été accusé. Les 4 et 6 avril, l'inspecteur Millin a de nouveau rencontré l'inspecteur Loft pour lui faire part de sa crainte que M. Sotomayer, et non M. Hill, soit l'auteur des autres crimes du voleur au sac en plastique. L'inspecteur Loft a dit à son collègue qu'il tenterait de faire reporter le procès de M. Hill pour permettre l'approfondissement de l'enquête. Il ne l'a jamais fait. Le dossier est demeuré entre les mains du poursuivant, et nulle autre mesure d'enquête n'a été prise. Finalement, le ministère public a retiré toutes les accusations, sauf une, dont M. Hill a été reconnu coupable. L'inspecteur Loft n'a pas tenté d'empêcher la procédure judiciaire de suivre son cours. Il n'a pas non plus vérifié l'alibi de M. Hill. S'il avait rouvert l'enquête, il est probable que la preuve échafaudée contre M. Hill se serait écroulée. Si, par exemple, il avait interrogé de nouveau les témoins et leur avait montré la photo de M. Sotomayer, les choses auraient probablement pris un tour différent. Lorsqu'ils ont finalement vu la photo de M. Sotomayer, les témoins sont revenus sur leurs témoignages incriminant M. Hill.

Lorsque de nouvelles données susceptibles d'innocenter le suspect sont découvertes, la norme du

conduct may require the file to be reopened and the matter reinvestigated. Depending on the nature of the evidence which later emerges, the requirements imposed by the duty to reinvestigate on the police may vary. In some cases, merely examining the evidence and determining that it is not worth acting on may be enough. In others, it may be reasonable to expect the police to do more in response to newly emerging evidence. Reasonable prudence may require them to re-examine their prior theories of the case, to test the credibility of new evidence and to engage in further investigation provoked by the new evidence. At the same time, police investigations are not never-ending processes extending indefinitely past the point of arrest. Police officers acting reasonably may at some point close their case against a suspect and move on to other matters. The question is always what the reasonable officer in like circumstances would have done to fulfil the duty to reinvestigate and to respond to the new evidence that emerged.

policier raisonnable peut commander la réouverture du dossier et la reprise de l'enquête. Selon la nature des éléments de preuve en cause, les mesures qui s'imposent alors peuvent varier. Dans certains cas, il peut suffire d'examiner les éléments puis de conclure qu'il ne vaut pas la peine d'y donner suite. Dans d'autres, on peut raisonnablement s'attendre à ce que les policiers fassent davantage. Une prudence de bon aloi peut exiger d'eux qu'ils révisent leurs conclusions antérieures, qu'ils s'assurent de la fiabilité des nouveaux éléments de preuve et qu'ils prennent les mesures d'enquête que commandent ces éléments. Par contre, l'enquête policière n'a pas à se poursuivre indéfiniment après l'arrestation. Le policier raisonnable peut, à un certain moment, fermer le dossier du suspect et passer à autre chose. Il s'agit toujours de se demander ce qu'un policier raisonnable placé dans la même situation aurait fait pour s'acquitter de son obligation de rouvrir l'enquête et donner suite à la découverte de nouveaux éléments.

It is argued that by failing to raise the matter with the Crown and ask that they halt the case for purposes of reinvestigation, and instead allowing it to proceed to trial, Detective Loft failed to act as a reasonable officer similarly situated. It is also argued that the other defendant officers also acted unreasonably in not intervening before the case came to trial.

85 L'appelant prétend qu'en omettant de relayer l'information au poursuivant et de lui demander de mettre le dossier en veilleuse le temps de la reprise de l'enquête, et en permettant plutôt que le procès soit instruit, l'inspecteur Loft n'a pas agi comme l'aurait fait un policier raisonnable placé dans la même situation. Il fait également valoir que les autres policiers défendeurs ont aussi agi déraisonnablement en n'intervenant pas avant l'ouverture du procès.

The liability of the officers who assisted in the investigation is readily disposed of. It has not been established that a reasonable police officer in the position of McLaughlin, Stewart, Matthews and Hill would have intervened to halt the case. They were not in charge of the case and had only partial responsibility.

86 Il est relativement simple de statuer sur la responsabilité des policiers qui ont participé à l'enquête. Il n'a pas été démontré qu'un policier raisonnable placé dans la même situation que les agents McLaughlin, Stewart, Matthews et Hill aurait fait en sorte que l'affaire soit mise en veilleuse. Ces policiers n'étaient pas en charge du dossier et leur contribution n'était que partielle.

The case of Detective Loft presents more difficulty. He was in charge of the case and could have asked the Crown to postpone the case to permit reinvestigation, as favoured by Detective Millin. He considered doing so, but in the end did not intervene, with the result that the matter went to trial.

87 Le cas de l'inspecteur Loft est plus problématique. Il s'était vu confier le dossier et aurait pu demander au poursuivant de reporter le procès pour permettre la reprise de l'enquête, comme le préconisait l'inspecteur Millin. Il a pensé à le faire, mais au bout du compte, il n'a rien fait, et le procès

Explaining his decision, he referred to the evidence of two eyewitnesses identifying Hill as the robber on the final charge.

88 This was not a case of tunnel-vision or blinding oneself to the facts. It falls rather in the difficult area of the exercise of discretion. Deciding whether to ask for a trial to be postponed to permit further investigation when the case is in the hands of Crown prosecutors and there appears to be credible evidence supporting the charge is not an easy matter. In hindsight, it turned out that Detective Loft made the wrong decision. But his conduct must be considered in the circumstances prevailing and with the information available at the time the decision was made. At that time, awareness of the danger of wrongful convictions was less acute than it is today. There was credible evidence supporting the charge. The matter was in the hands of the Crown prosecutors, who had assumed responsibility for the file. Notwithstanding that Detective Millin favoured asking the prosecutors to delay the trial, I cannot conclude that Detective Loft's exercise of discretion in deciding not to intervene at this late stage breached the standard of a reasonable police officer similarly situated.

89 I therefore conclude that although Detective Loft's decision not to reinvestigate can be faulted, judged in hindsight and through the lens of today's awareness of the danger of wrongful convictions, it has not been established that Detective Loft breached the standard of a reasonable police officer similarly placed.

3. Loss or Damage

90 To establish a cause of action in negligence, the plaintiff must show that he or she suffered compensable damage. Not all damage will justify recovery in negligence. Recovery is generally available for damage to person and property. On the other hand, debates have arisen, for example, about when an action in negligence may be brought for purely economic loss and psychological harm. (See Klar, at pp. 201-4, and T. Weir, *Tort Law* (2002), at pp. 44-51.)

a eu lieu. Pour justifier son inaction, il a invoqué le témoignage de deux témoins oculaires ayant identifié M. Hill comme étant l'auteur du vol qualifié visé par la dernière accusation.

Il n'y a pas eu d'entêtement ou d'aveuglement volontaire, mais bien un exercice difficile du pouvoir discrétionnaire. La décision de demander le report du procès pour permettre la reprise de l'enquête, alors que le dossier est entre les mains du poursuivant et qu'une preuve digne de foi paraît étayer l'accusation, n'est pas facile à prendre. Avec le recul, on peut dire que l'inspecteur Loft a pris la mauvaise décision. Ses actes doivent cependant être appréciés au regard des circonstances et des données d'alors. À l'époque, on était moins sensibilisé qu'aujourd'hui au risque qu'une personne puisse être déclarée coupable à tort. Une preuve digne de foi étayait l'accusation. Le dossier était entre les mains du poursuivant, qui avait pris le relais. Même si l'inspecteur Millin préconisait le report du procès, je ne peux conclure que la décision discrétionnaire de l'inspecteur Loft de ne pas intervenir à ce stade avancé a emporté l'inobservation de la norme du policier raisonnable placé dans la même situation.

Même si, après coup et à la lumière de la sensibilisation actuelle au risque de déclaration de culpabilité injustifiée, on peut déplorer sa décision de ne pas rouvrir l'enquête, il n'a pas été établi que l'inspecteur Loft n'a pas observé la norme du policier raisonnable placé dans la même situation.

3. Préjudice

L'existence d'une cause d'action pour négligence exige du demandeur qu'il démontre avoir subi un préjudice indemnisable. Tout préjudice imputé à la négligence ne donne pas droit à une indemnité. En général, seul le préjudice corporel ou matériel y ouvre droit. Toutefois, d'aucuns se sont demandé, par exemple, à quelles conditions la perte purement financière ou le préjudice psychologique pouvait être indemnisé. (Voir Klar, p. 201-204; T. Weir, *Tort Law* (2002), p. 44-51.)

It is not disputed that imprisonment resulting from a wrongful conviction constitutes personal injury to the person imprisoned. Indeed, other forms of compensable damage without imprisonment may suffice; a claimant's life could be ruined by an incompetent investigation that never results in imprisonment or an unreasonable investigation that does not lead to criminal proceedings. Wrongful deprivation of liberty has been recognized as actionable for centuries and is clearly one of the possible forms of compensable damage that may arise from a negligent investigation. There may be others.

91 Nul ne conteste que l'emprisonnement consécutif à une déclaration de culpabilité injustifiée inflige un préjudice corporel à la personne incarcérée. En fait, d'autres mesures préjudiciables peuvent justifier une indemnisation. En effet, la vie du demandeur peut avoir été gâchée par une enquête négligente qui n'a pas mené à l'emprisonnement ou par une enquête déraisonnable qui n'a pas abouti à une poursuite pénale. Depuis des siècles, la privation injustifiée de liberté confère un droit d'action, et cette privation constitue clairement un préjudice indemnisable susceptible d'être infligé par une enquête négligente. Il pourrait y en avoir d'autres.

On the other hand, lawful pains and penalties imposed on a guilty person do not constitute compensable loss. It is important as a matter of policy that recovery under the tort of negligent investigation should only be allowed for pains and penalties that are wrongfully imposed. The police must be allowed to investigate and apprehend suspects and should not be penalized for doing so under the tort of negligent investigation unless the treatment imposed on a suspect results from a negligent investigation and causes compensable damage that would not have occurred but for the police's negligent conduct. The claimant bears the burden of proving that the consequences of the police conduct relied upon as damages are wrongful in this sense if they are to recover. Otherwise, punishment may be no more than a criminal's just deserts — in a word, justice.

92 Par contre, la peine ou la sanction légalement infligée à la personne déclarée coupable ne constitue pas un préjudice indemnisable. Sur le plan des principes, il importe que le recours fondé sur le délit d'enquête négligente ne soit ouvert que dans le cas d'une peine ou d'une sanction infligée à tort. Les policiers doivent pouvoir enquêter sur les suspects et les arrêter; ils ne doivent être sanctionnés pour la prise de telles mesures que lorsque le sort réservé au suspect résulte d'une enquête négligente et a causé un préjudice indemnisable qui n'aurait pas été subi n'eût été la négligence des policiers. Pour avoir droit à l'indemnisation, le demandeur doit prouver que la conséquence du comportement préjudiciable du policier à son endroit est ainsi injuste. Sinon, la peine infligée est peut-être tout simplement la peine méritée — en un mot, elle est juste.

4. Causal Connection

Recovery for negligence requires a causal connection between the breach of the standard of care and the compensable damage suffered. Negligent police investigation may cause or contribute to wrongful conviction and imprisonment, fulfilling the legal requirement of causal connection on a balance of probabilities. The starting point is the usual "but for" test. If, on a balance of probabilities, the compensable damage would not have occurred but for the negligence on the part of the police, then the causation requirement is met.

4. Lien de causalité

93 L'indemnisation pour négligence requiert un lien de causalité entre l'inobservation de la norme de diligence et le préjudice indemnisable subi. Une enquête policière négligente peut, en totalité ou en partie, être à l'origine d'une déclaration de culpabilité et d'un emprisonnement injustifiés, satisfaisant ainsi à l'exigence légale de la preuve d'un lien de causalité selon la prépondérance des probabilités. Le point de départ est le critère bien connu du facteur déterminant (« n'eût été »). Lorsque, suivant la prépondérance des probabilités, le préjudice indemnisable n'aurait pas été subi n'eût été la négligence des policiers, le lien de causalité est établi.

94 Cases of negligent investigation often will involve multiple causes. Where the injury would not have been suffered "but for" the negligent police investigation the causation requirement will be met even if other causes contributed to the injury as well. On the other hand, if the contributions of others to the injury are so significant that the same damage would have been sustained even if the police had investigated responsibly, causation will not be established. It follows that the police will not necessarily be absolved of responsibility just because another person, such as a prosecutor, lawyer or judge, may have contributed to a wrongful conviction causing compensable damage.

5. Limitation Period

95 The respondents claim that Hill's action is statute-barred. The relevant limitation period is set out in the *Public Authorities Protection Act*, R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7(1) (now repealed):

> **7.**—(1) No action, prosecution or other proceeding lies or shall be instituted against any person for an act done in pursuance or execution or intended execution of any statutory or other public duty or authority, or in respect of any alleged neglect or default in the execution of any such duty or authority, unless it is commenced within six months next after the cause of action arose, or, in case of continuance of injury or damage, within six months after the ceasing thereof.

96 The limitation period for negligent investigation begins to run when the cause of action is complete. This requires proof of a duty of care, breach of the standard of care, compensable damage, and causation. A cause of action in negligence arises not when the negligent act is committed, but rather when the harmful consequences of the negligence result. (See G. Mew, *The Law of Limitations* (2nd ed. 2004), at p. 148, citing L. N. Klar et al., *Remedies in Tort* (loose-leaf), ed. by L. D. Rainaldi, vol. 4 (release 5), c. 27, at para. 217, n. 23.)

97 As discussed above, the loss or injury as a result of alleged police negligence is not established until it is clear that the suspect has been imprisoned as

Une enquête négligente a souvent des causes multiples. Lorsque le préjudice n'aurait pas été subi « n'eût été » l'enquête policière négligente, le lien de causalité est établi même si d'autres éléments ont contribué au préjudice. Par contre, lorsque l'importance d'une autre cause est telle que le préjudice aurait été subi même si les policiers avaient enquêté consciencieusement, le lien de causalité n'est pas établi. Ce n'est donc pas parce qu'un tiers — poursuivant, avocat ou juge — pourrait avoir contribué à une déclaration de culpabilité injustifiée ayant causé un préjudice indemnisable que les policiers sont nécessairement exonérés de toute responsabilité.

5. Délai de prescription

Les intimés font valoir que l'action de M. Hill est prescrite. C'est le par. 7(1) (aujourd'hui abrogé) de la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*, L.R.O. 1990, ch. P.38, qui prévoit le délai de prescription applicable :

> **7** (1) Nulle action, poursuite ou autre instance n'est recevable contre quiconque pour un acte accompli dans l'exercice ou en vue de l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir prévus par la loi ou d'ordre public, ou pour cause de négligence ou de manquement dans l'exercice de cette fonction ou de ce pouvoir, si elle n'est pas introduite dans les six mois suivant immédiatement le moment où la cause d'action a pris naissance ou, dans le cas où le préjudice s'est poursuivi pendant une certaine période, dans les six mois de la cessation du préjudice.

Le délai de prescription pour enquête négligente court dès que sont réunis tous les éléments conférant la cause d'action : obligation de diligence, inobservation de la norme de diligence, préjudice indemnisable et lien de causalité. En matière de négligence, la cause d'action ne prend pas naissance au moment où l'acte est commis, mais bien lorsque les conséquences préjudiciables en résultent. (Voir G. Mew, *The Law of Limitations* (2e éd. 2004), p. 148, citant L. N. Klar et autres, *Remedies in Tort* (feuilles mobiles), éd. par L. D. Rainaldi, vol. 4 (mise à jour nº 5), ch. 27, par. 217, n. 23.)

Je rappelle que le préjudice résultant de la négligence policière alléguée n'est établi que lorsqu'il est clair que le suspect a été emprisonné après avoir

a result of a wrongful conviction or has suffered some other form of compensable harm as a result of negligent police conduct. The wrongfulness of the conviction is essential to establishing compensable injury in an action where the compensable damage to the plaintiff is imprisonment resulting from a wrongful conviction. In such a case, the cause of action is not complete until the plaintiff can establish that the conviction was in fact wrongful. So long as a valid conviction is in place, the plaintiff cannot do so.

It follows that the limitation period in this case did not start to run until December 20, 1999 when Mr. Hill, after a new trial, was acquitted of all charges of robbery. The action was commenced by notice of action on June 19, 2000, within the six-month limitation period set out in the *Public Authorities Protection Act*. Therefore, the relevant limitation period was met.

6. Adequacy of Reasons

The appellant Hill argues that this appeal should be allowed on the basis that the reasons of the trial judge were inadequate. With respect, I disagree.

The question is whether the reasons are sufficient to allow for meaningful appellate review and whether the parties' "functional need to know" why the trial judge's decision has been made has been met. The test is a functional one: *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, at para. 55.

In determining the adequacy of reasons, the reasons should be considered in the context of the record before the court. Where the record discloses all that is required to be known to permit appellate review, less detailed reasons may be acceptable. This means that less detailed reasons may be required in cases with an extensive evidentiary record, such as the current appeal. On the other hand, reasons are particularly important when "a trial judge is called upon to address troublesome

été déclaré coupable à tort ou qu'il a subi un autre préjudice indemnisable imputable à la négligence des policiers. Le caractère injustifié de la déclaration de culpabilité est essentiel pour ouvrir droit à indemnisation lorsque le préjudice allégué consiste dans l'emprisonnement consécutif à une déclaration de culpabilité injustifiée. Les éléments de la cause d'action ne sont alors réunis que si le demandeur établit que la déclaration de culpabilité était en fait injustifiée, et il ne peut le faire tant qu'il existe une déclaration de culpabilité valable en droit.

98 Il s'ensuit que le délai de prescription applicable en l'espèce n'a commencé à courir que le 20 décembre 1999, date à laquelle M. Hill, à l'issue de son nouveau procès, a été acquitté de toutes les accusations de vol qualifié portées contre lui. L'action a été intentée par voie d'avis d'action le 19 juin 2000, soit avant l'expiration du délai de six mois imparti par la *Loi sur l'immunité des personnes exerçant des attributions d'ordre public*. Par conséquent, le délai de prescription applicable est respecté.

6. Caractère suffisant des motifs

99 L'appelant soutient que le pourvoi doit être accueilli à cause du caractère insuffisant des motifs du juge de première instance. Je ne suis malheureusement pas de cet avis.

100 La question est de savoir si les motifs permettent une véritable révision en appel et si le « besoin fonctionnel [des parties] d'être informé[es] » des motifs de la décision du juge de première instance a été comblé. Le critère applicable est fonctionnel : *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, par. 55.

101 Pour statuer sur leur caractère suffisant, il faut considérer les motifs à la lumière du dossier présenté à la cour. Lorsque le dossier renferme tous les éléments nécessaires à la révision en appel, les motifs peuvent être brefs. Des motifs succincts peuvent donc être justifiés lorsque la preuve versée au dossier est abondante, comme en l'espèce. Par contre, les motifs revêtent une importance particulière lorsque « le juge doit se prononcer sur des principes de droit qui posent problème et ne sont

principles of unsettled law, or to resolve confused and contradictory evidence on a key issue", as was the case in the decision below: *Sheppard*, at para. 55. In assessing the adequacy of reasons, it must be remembered that "[t]he appellate court is not given the power to intervene simply because it thinks the trial court did a poor job of expressing itself": *Sheppard*, at para. 26.

102 It might have been preferable for the trial judge to provide a more comprehensive treatment of the allegations of negligence and the dismissal of the action. As the Court of Appeal noted, the trial judge's choice not to address some of the specific allegations of negligence might have made appellate review more "difficult" (para. 165).

103 This said, the reasons were in fact sufficient to allow for meaningful appellate review, when considered in light of the extensive trial record, and Hill's functional need to know why the case was decided against him was met. As the Court of Appeal concluded, it was "clear from the reasons for judgment why the trial judge reached the decision he did — he found the evidence of police officers Loft, Matthews and Stewart and Crown prosecutor Nadel to be credible and, based on their evidence, he concluded that the respondents' conduct did not constitute either malicious prosecution or negligent investigation. The trial judge also reviewed the evidence of the appellant's expert witness, Professor Lindsay, and concluded that it did not undermine the quality of the police investigation in this case. The appellant simply did not demonstrate a standard of care breached by this investigation" (majority reasons, at para. 124).

104 I agree with this assessment. The claim that the reasons were inadequate therefore fails.

IV. Conclusion

105 I would dismiss Hill's appeal with costs. The Court of Appeal was correct to conclude that the police conduct impugned on this appeal

pas encore bien établis, ou démêler des éléments de preuve embrouillés et contradictoires sur une question clé », comme c'était le cas en première instance : *Sheppard*, par. 55. Pour juger du caractère suffisant des motifs, il faut se rappeler que « [l]a cour d'appel n'est pas habilitée à intervenir simplement parce qu'elle estime que le juge du procès s'est mal exprimé » : *Sheppard*, par. 26.

Peut-être aurait-il été préférable que le juge de première instance analyse plus en détail les allégations de négligence et explique davantage sa décision de rejeter l'action. Comme l'a signalé la Cour d'appel, le choix du juge de première instance de ne pas se prononcer sur certaines allégations de négligence a pu rendre la révision en appel plus [TRADUCTION] « ardue » (par. 165).

Cela dit, vu le dossier détaillé constitué en première instance, les motifs étaient suffisants pour permettre une véritable révision en appel, et le besoin fonctionnel de M. Hill de savoir pourquoi il avait été débouté a été comblé. Comme l'a conclu la Cour d'appel, [TRADUCTION] « les motifs du juge de première instance expliquent clairement sa décision : il a jugé dignes de foi les témoignages des agents Loft, Matthews et Stewart, ainsi que celui du poursuivant, M. Nadel, de sorte qu'il a conclu que la conduite de la partie intimée ne constituait ni une poursuite abusive ni une enquête négligente. Le juge de première instance s'est également penché sur le témoignage de l'expert de l'appelant, le professeur Lindsay. Il a estimé qu'il ne permettait pas de douter de la qualité de l'enquête policière en l'espèce. L'appelant n'a pas réussi à démontrer que l'enquête n'avait pas satisfait à la norme de diligence applicable » (motifs des juges majoritaires, par. 124).

Je suis d'accord avec cette appréciation. Il n'est donc pas fait droit à la prétention suivant laquelle les motifs étaient insuffisants.

IV. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter avec dépens le pourvoi de M. Hill. La Cour d'appel a eu raison de conclure que les actes reprochés aux policiers en l'espèce

met the standard of care and, therefore, was not negligent.

I would also dismiss the cross-appeal. The Court of Appeal rightly concluded that the tort of negligent investigation is available in Canadian law.

The reasons of Bastarache, Charron and Rothstein JJ. were delivered by

CHARRON J. (dissenting on the cross-appeal) —

1. Overview

The dictum that it is better for ten guilty persons to escape than for one innocent person to go to jail has long been a cornerstone of our criminal justice system (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), Book IV, c. 27, at p. 352). Consequently, many safeguards have been created within that system to protect against wrongful convictions. Despite the presence of such safeguards, however, miscarriages of justice do occur. When an innocent person is convicted of a crime that he or she did not commit, it is undeniable that justice has failed in the most fundamental sense.

Mr. Hill submits that he is one such victim of the criminal justice system. Of the 10 robbery charges laid against him, 9 were withdrawn by the Crown. Mr. Hill was convicted on the remaining charge but, following a successful appeal, was retried and ultimately acquitted of the offence. Mr. Hill claims that he has sustained significant damages because of substandard policing during the course of the criminal investigation leading to and following the charges laid against him. He therefore brings this action in negligence.

While Mr. Hill acknowledges that his cause of action is novel, he nonetheless submits that the tort system can act as an effective deterrent against, and fairly allocate the costs arising from, negligent investigative practices. Consequently, he urges this Court to bring "[t]he law of negligence . . . to bear on the problem of wrongful convictions" by

respectaient la norme de diligence et n'étaient donc pas négligents.

106 Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi incident. La Cour d'appel a conclu à bon droit à l'existence du délit d'enquête négligente en droit canadien.

Version française des motifs des juges Bastarache, Charron et Rothstein rendus par

LA JUGE CHARRON (dissidente quant au pourvoi incident) —

1. Aperçu

107 La maxime selon laquelle il vaut mieux laisser dix coupables en liberté que d'emprisonner un seul innocent est depuis longtemps l'une des assises de notre système de justice criminelle (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), livre IV, ch. 27, p. 352). C'est pourquoi il existe de nombreuses garanties contre les déclarations de culpabilité injustifiées. Or, des erreurs judiciaires se produisent malgré tout. Lorsqu'une personne innocente est reconnue coupable d'un crime qu'elle n'a pas commis, la justice a incontestablement échoué au sens le plus fondamental.

108 M. Hill prétend avoir été victime d'un tel raté du système de justice criminelle. Des 10 accusations de vol qualifié portées contre lui, 9 ont été retirées par le ministère public. Reconnu coupable de l'accusation restante, il a eu gain de cause en appel et a finalement été acquitté au terme d'un nouveau procès. Il soutient que l'incurie policière pendant l'enquête criminelle qui a précédé et suivi le dépôt des accusations lui a causé un préjudice important. Il a donc intenté l'action pour négligence à l'origine du présent pourvoi.

109 S'il reconnaît que sa cause d'action est inusitée, M. Hill prétend néanmoins que l'application du droit de la responsabilité délictuelle pourrait décourager la négligence en matière d'enquête et assurer un partage équitable des frais occasionnés par celle-ci. Il invite donc la Cour à faire en sorte que [TRADUCTION] « [l]e droit de la négligence [. . .]

recognizing a new tort of negligent investigation designed to compensate the wrongfully convicted who have suffered damages as a result of a substandard police investigation (appellant's factum, at para. 71).

110 The Crown takes the position that this mischaracterizes the issue. In its view, this is not a case about providing a remedy for the wrongfully convicted since, if this Court accepts Mr. Hill's argument, *any* person charged with a criminal offence in respect of whom the charge does not ultimately result in a conviction would be a potential plaintiff. The Crown submits that the "wrongfully convicted" consist, rather, of those persons who are not only presumed innocent or found not guilty, but who are also determined to be factually innocent after a review or an inquiry under ss. 696.1 to 696.6 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

111 The Crown argues further that, for important public policy reasons, tort liability should be limited to instances where the police seriously abuse or misuse their public powers, not where they are merely negligent in the discharge of their duties. According to the Crown, the imposition of a duty of care in negligence would not only subsume existing torts such as false arrest, false imprisonment, malicious prosecution, and misfeasance in public office, but would upset the careful balance between society's need for effective law enforcement and an individual's right to liberty.

112 The novel question before this Court is therefore whether the new tort of negligent investigation should be recognized by Canadian law. I have concluded that it should not. A private duty of care owed by the police to suspects would necessarily conflict with the investigating officer's overarching public duty to investigate crime and apprehend offenders. The ramifications from this factor alone defeat the claim that there is a relationship of proximity between the parties sufficient to give rise to a *prima facie* duty of care. In addition, because the

s'attaque au problème de la déclaration de culpabilité injustifiée » et reconnaisse un nouveau délit, celui d'enquête négligente, afin que la personne déclarée coupable à tort d'un crime puisse être indemnisée du préjudice que lui a infligé une enquête policière irrégulière (mémoire de l'appelant, par. 71).

Pour le ministère public, c'est mal poser le problème, car il ne s'agit pas en l'espèce d'offrir un recours à la personne déclarée coupable à tort d'un crime. En effet, si la Cour fait droit à l'argument de M. Hill, *toute* personne accusée d'une infraction criminelle dont elle n'est pas en fin de compte reconnue coupable pourrait demander réparation. Le ministère public soutient que la « personne déclarée coupable à tort d'un crime » est celle qui non seulement est présumée innocente ou déclarée non coupable, mais qui est aussi réellement innocentée à l'issue d'une révision ou d'une enquête fondée sur les art. 696.1 à 696.6 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Le ministère public ajoute que pour d'importantes considérations d'intérêt public, la responsabilité délictuelle d'un policier ne devrait être engagée que dans le cas où il abuse sérieusement de ses pouvoirs de nature publique, et non lorsqu'il fait simplement preuve de négligence dans l'exercice de ses fonctions. Il estime que le nouveau délit proposé engloberait des délits civils existants tels que l'arrestation illégale, la détention arbitraire, la poursuite abusive et la faute dans l'exercice d'une charge publique, sans compter qu'il compromettrait le juste équilibre établi entre la nécessité sociale de l'application efficace de la loi et la liberté individuelle.

La question nouvelle dont est saisie la Cour est donc celle de savoir si le délit d'enquête négligente devrait être reconnu en droit canadien. J'arrive à la conclusion qu'il ne le devrait pas. Si les policiers se voyaient imposer une obligation de diligence de droit privé envers les suspects, celle-ci entrerait nécessairement en conflit avec leur devoir primordial envers le public d'enquêter sur les crimes et d'arrêter les contrevenants. Les conséquences qui en découleraient réfutent à elles seules l'existence entre les parties d'un lien de proximité suffisant

recognition of this new tort would have significant consequences for other legal obligations, and would detrimentally affect the legal system, and society more generally, it is my view that even if a *prima facie* duty of care were found to exist, that duty should be negatived on residual policy grounds.

Therefore, for the reasons that follow, I would allow the Crown's cross-appeal and find that the tort of negligent investigation is not a remedy available at common law. In light of this conclusion, I find that the action was properly dismissed by the courts below and I would therefore dismiss Mr. Hill's appeal.

2. Analysis

2.1 *Elements of the Tort Action*

Mr. Hill claims that the defendants — who for simplicity I will refer to collectively as "investigating officers" — committed the tort of negligent investigation and that he is entitled to damages. In order to succeed in his claim, Mr. Hill must establish the following elements: (1) that the investigating officers owed him a duty of care; (2) that the investigating officers failed to meet the standard of care appropriate in the circumstances; (3) that he suffered a compensable loss or injury; and (4) that the loss or injury was caused by the investigating officers' negligent act or omission. While the most contentious elements of the proposed tort of negligent investigation are the duty and standard of care, the proposed new tort gives rise to difficult issues in respect of all four elements of the action. I will touch on each element in what follows, focussing principally on the duty of care.

2.2 *The Anns Test*

Police officers have multiple duties. There is no question that one of them is the duty to investigate crime. This duty exists at common law and, in Ontario, is embodied in s. 42 of the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, which describes the

pour faire naître une obligation de diligence *prima facie*. En outre, puisque la reconnaissance d'un tel délit aurait des répercussions importantes sur d'autres obligations légales et nuirait au système de justice ainsi qu'à la société en général, j'estime que même si l'on concluait à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*, il faudrait l'écarter pour d'autres considérations de politique générale.

113 Pour les motifs qui suivent, je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi incident du ministère public et de statuer que le délit d'enquête négligente ne saurait exister en common law. Les juridictions inférieures ont donc eu raison de rejeter l'action, et je suis d'avis de rejeter le pourvoi de M. Hill.

2. Analyse

2.1 *Éléments de l'action en responsabilité délictuelle*

114 M. Hill prétend que les défendeurs — appelés collectivement, pour simplifier, les « policiers enquêteurs » — ont commis le délit d'enquête négligente et qu'il a droit à des dommages-intérêts. Pour avoir gain de cause, M. Hill doit établir (1) que les policiers enquêteurs ont envers lui une obligation de diligence, (2) que les policiers enquêteurs n'ont pas observé la norme de diligence applicable dans les circonstances, (3) qu'il a subi une perte ou un préjudice indemnisable et (4) que la perte ou le préjudice a été causé par une omission ou un acte négligent des policiers enquêteurs. Si les éléments les plus litigieux du délit d'enquête négligente proposé sont l'obligation et la norme de diligence, le nouveau délit proposé soulève des questions difficiles au regard des quatre éléments susmentionnés. J'aborderai chacun d'eux en mettant l'accent sur l'obligation de diligence.

2.2 *Le critère de l'arrêt Anns*

115 Les fonctions des policiers sont multiples. Celle d'enquêter sur les crimes compte indubitablement parmi elles. Elle est issue de la common law et prévue, en Ontario, à l'art. 42 de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, qui énonce

general duties of a police officer. Although "investigating crime" is not specifically listed, several of the listed duties are related to, or form part of, the police investigation into crime. Section 42(1) reads as follows:

42.—(1) The duties of a police officer include,

(a) preserving the peace;

(b) preventing crimes and other offences and providing assistance and encouragement to other persons in their prevention;

(c) assisting victims of crime;

(d) apprehending criminals and other offenders and others who may lawfully be taken into custody;

(e) laying charges and participating in prosecutions;

(f) executing warrants that are to be executed by police officers and performing related duties;

(g) performing the lawful duties that the chief of police assigns;

(h) in the case of a municipal police force and in the case of an agreement under section 10 (agreement for provision of police services by O.P.P.), enforcing municipal by-laws;

(i) completing the prescribed training.

See also *Police Act*, R.S.B.C. 1996, c. 367, s. 34(2); *Police Act*, R.S.A. 2000, c. P-17, s. 38(1); *The Police Act, 1990*, S.S. 1990-91, c. P-15.01, ss. 18 and 19(1); *Provincial Police Act*, R.S.M. 1987, c. P150, C.C.S.M., c. P150, s. 5; *Police Act*, S.N.S. 2004, c. 31, ss. 30(1) and 31(1); *Police Act*, S.N.B. 1977, c. P-9.2, s. 12(1); *Police Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. P-11, s. 5(2); *Royal Newfoundland Constabulary Act, 1992*, S.N.L. 1992, c. R-17, s. 8(1); *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985, c. R-10, s. 18; *Police Act*, R.S.Q., c. P-13.1, s. 48.

116 There is no dispute that a police officer owes an overarching duty to the public to investigate crime.

les fonctions générales du policier. Bien que l'obligation d'« enquêter sur les crimes » ne soit pas expressément mentionnée au par. 42(1), plusieurs des fonctions énumérées s'y rattachent ou en font partie :

42. (1) L'agent de police a notamment pour fonctions :

a) de préserver la paix;

b) de prévenir les actes criminels et autres infractions et d'apporter aide et encouragement aux autres personnes qui participent à leur prévention;

c) d'aider les victimes d'actes criminels;

d) d'appréhender les criminels et autres contrevenants ainsi que les autres personnes qui peuvent légalement être placées sous garde;

e) de porter des accusations et de participer à des poursuites;

f) d'exécuter les mandats qui doivent être exécutés par des agents de police et d'exercer des fonctions connexes;

g) d'exercer les fonctions légitimes que le chef de police lui confie;

h) dans le cas d'un corps de police municipal ou d'une entente conclue en vertu de l'article 10 (entente visant la prestation de services policiers par la Police provinciale), d'exécuter les règlements municipaux;

i) de terminer la formation prescrite.

Voir aussi : *Police Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 367, par. 34(2); *Police Act*, R.S.A. 2000, ch. P-17, par. 38(1); *The Police Act, 1990*, S.S. 1990-91, ch. P-15.01, art. 18 et par. 19(1); *Loi sur la Sûreté du Manitoba*, L.R.M. 1987, ch. P150, C.P.L.M., ch. P150, art. 5; *Police Act*, S.N.S. 2004, ch. 31, par. 30(1) et 31(1); *Loi sur la Police*, L.N.-B. 1977, ch. P-9.2, par. 12(1); *Police Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-11, par. 5(2); *Royal Newfoundland Constabulary Act, 1992*, S.N.L. 1992, ch. R-17, par. 8(1); *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. R-10, art. 18; *Loi sur la police*, L.R.Q., ch. P-13.1, art. 48.

Il ne fait aucun doute que le policier a envers le public l'obligation générale d'enquêter sur les

The question that occupies us here is whether this overarching public duty translates into a private duty owed to individual members of that public who fall in a particular class, namely suspects under investigation. This question calls for the application of what is commonly called the *Anns* test (in reference to the House of Lords decision in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728), as refined by this Court in *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69, and *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643, 2006 SCC 18.

The Chief Justice has set out in some detail the analytical framework that must be followed in applying the *Anns* test. For the purpose of my analysis, I need only summarize that test briefly. For convenience, I reproduce here the succinct summary of the *Anns* test articulated by McLachlin C.J. and Major J. in *Edwards* (at paras. 9-10):

> At the first stage of the *Anns* test, the question is whether the circumstances disclose reasonably foreseeable harm and proximity sufficient to establish a *prima facie* duty of care. The focus at this stage is on factors arising from the relationship between the plaintiff and the defendant, including broad considerations of policy. The starting point for this analysis is to determine whether there are analogous categories of cases in which proximity has previously been recognized. If no such cases exist, the question then becomes whether a new duty of care should be recognized in the circumstances. Mere foreseeability is not enough to establish a *prima facie* duty of care. The plaintiff must also show proximity — that the defendant was in a close and direct relationship to him or her such that it is just to impose a duty of care in the circumstances. Factors giving rise to proximity must be grounded in the governing statute when there is one, as in the present case.
>
> If the plaintiff is successful at the first stage of *Anns* such that a *prima facie* duty of care has been established (despite the fact that the proposed duty does not fall within an already recognized category of recovery), the second stage of the *Anns* test must be addressed. That question is whether there exist residual policy considerations which justify denying liability. Residual policy

crimes. En l'espèce, nous devons déterminer si ce devoir général fait naître une obligation de droit privé envers des citoyens individuels en particulier, à savoir les suspects sous enquête. Cette question commande l'application de ce qu'on appelle communément le critère de l'arrêt *Anns* (*Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.)), explicité par la Cour dans les arrêts *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69, et *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643, 2006 CSC 18.

117 La Juge en chef fait état de façon assez complète du cadre analytique applicable pour les besoins du critère de l'arrêt *Anns*. Je m'en tiendrai donc à un résumé. Par souci de commodité, voici comment la juge en chef McLachlin et le juge Major ont résumé succinctement ce critère dans l'arrêt *Edwards* (par. 9-10) :

> À la première étape du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*, il s'agit de déterminer si les circonstances dévoilent un préjudice raisonnablement prévisible et un lien de proximité suffisamment étroit pour établir une obligation de diligence *prima facie*. À cette étape, l'accent est mis sur les facteurs découlant du lien entre le demandeur et le défendeur, notamment des considérations de politique générales. Le point de départ de cette analyse consiste à établir s'il existe des catégories analogues d'affaires où les tribunaux ont reconnu l'existence d'un lien étroit. En l'absence de telles décisions, il s'agit de déterminer s'il y a lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence dans les circonstances de l'espèce. La simple prévisibilité ne suffit pas à établir une obligation de diligence *prima facie*. Le demandeur doit aussi prouver l'existence d'un lien étroit — que le défendeur avait avec lui une relation à ce point étroite et directe qu'il est juste de lui imposer une obligation de diligence dans les circonstances. Les facteurs donnant lieu à l'existence d'un lien étroit doivent être fondés sur la loi applicable le cas échéant, comme en l'espèce.
>
> Si, à la première étape du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*, le demandeur réussit à établir une obligation de diligence *prima facie* (malgré le fait que l'obligation proposée ne corresponde pas à une catégorie de réparation déjà reconnue), il faut passer à la deuxième étape de ce critère. Il s'agit de savoir s'il existe des considérations de politique résiduelles qui justifient l'annulation

considerations include, among other things, the effect of recognizing that duty of care on other legal obligations, its impact on the legal system and, in a less precise but important consideration, the effect of imposing liability on society in general.

2.3 *Foreseeability*

118 The requirement of reasonable foreseeability poses no barrier to finding a duty of care in this case. A police investigator can readily foresee that a targeted suspect is among those persons who could be harmed as a result of the negligent conduct of the investigation. To be sure, when a targeted suspect is in fact the perpetrator of the offence under investigation, the public rather than the suspect may be the actual victim of a substandard investigation. Nonetheless, on the strict question of foreseeability, it is clear that this part of the test is made out.

2.4 *Proximity*

2.4.1 The Search For Analogous Categories

119 It is when we turn to the question of proximity that problems arise. As stated in the above-noted summary of the *Anns* test, the proximity analysis can usefully be started by inquiring whether the case falls, either directly or by analogy, within a category of cases in which a duty of care has previously been recognized. If the case does fall within such a category of cases, the court can generally be satisfied that there are no residual policy considerations that might negative the imposition of a duty of care, and a duty of care will be found to exist. In this case, Mr. Hill does not dispute that, prior to the Ontario trial judgment in *Beckstead v. Ottawa (City) Chief of Police* (1995), 37 O.R. (3d) 62 (p. 64), no court of common law jurisdiction in Canada, across the Commonwealth or in any state in the U.S. had found a private law duty of care owed by police to suspects in respect of the investigation of crime. Indeed, in jurisdictions outside Ontario, and in Ontario prior to *Beckstead*, courts have declined to recognize such a duty in cases where the issue has arisen. For authorities to this

de la responsabilité. De telles considérations comprennent notamment l'effet qu'aurait la reconnaissance d'une telle obligation de diligence sur d'autres obligations légales, son incidence sur le système juridique et, d'une façon moins précise mais tout aussi importante, l'effet qu'aurait l'imposition d'une responsabilité sur la société en général.

2.3 *Prévisibilité*

L'exigence de la prévisibilité raisonnable n'empêche pas de conclure à l'existence d'une obligation de diligence en l'espèce. Un enquêteur de police peut facilement prévoir qu'un suspect fait partie des personnes auxquelles une enquête menée avec négligence est susceptible de porter préjudice. Évidemment, lorsque le suspect se révèle être l'auteur de l'infraction sous enquête, le public, et non le suspect, peut être la véritable victime d'une enquête bâclée. Cependant, du strict point de vue de la prévisibilité, il est clair que ce volet du critère est respecté.

2.4 *Lien de proximité*

2.4.1 La recherche de catégories analogues

Le lien de proximité est l'élément qui soulève des difficultés. Comme le précise l'extrait qui précède résumant le critère de l'arrêt *Anns*, on peut se demander d'abord si l'affaire s'inscrit, directement ou par analogie, dans une catégorie d'affaires où l'existence d'une obligation de diligence a déjà été reconnue. Dans l'affirmative, il sera généralement possible de convaincre le tribunal qu'aucune autre considération de politique générale n'est susceptible d'écarter l'imposition d'une obligation de diligence, et l'existence d'une telle obligation sera reconnue. En l'espèce, M. Hill ne conteste pas qu'avant la décision de première instance rendue en Ontario dans l'affaire *Beckstead c. Ottawa (City) Chief of Police* (1995), 37 O.R. (3d) 62 (p. 64), aucun tribunal de common law au Canada, dans le Commonwealth ou aux États-Unis n'avait statué que dans le cadre d'une enquête criminelle, un policier avait une obligation de diligence de droit privé envers le suspect. En effet, dans les autres ressorts, et en Ontario avant *Beckstead*, les tribunaux saisis de la question avaient refusé de reconnaître l'existence

effect, see *Reynen v. Canada* (1993), 70 F.T.R. 158, at para. 5; *McGillivary v. New Brunswick* (1994), 149 N.B.R. (2d) 311 (C.A.), at para. 10; *Al's Steak House & Tavern Inc. v. Deloitte & Touche* (1994), 20 O.R. (3d) 673 (Gen. Div.); *Collie Woollen Mills Ltd. v. Canada* (1996), 107 F.T.R. 93, at para. 34; *Stevens v. Fredericton (City)* (1999), 212 N.B.R. (2d) 264 (Q.B.); *Dix v. Canada (Attorney General)* (2002), 315 A.R. 1, 2002 ABQB 580, at para. 557; *Kleysen v. Canada (Attorney General)* (2001), 159 Man. R. (2d) 17, 2001 MBQB 205; and *Avery v. Canada (Attorney General)*, [2004] N.B.J. No. 391 (QL), 2004 NBQB 372, at para. 11. See also *A.A.D. v. Tanner* (2004), 188 Man. R. (2d) 15, 2004 MBQB 213, where at para. 148, Duval J. explicitly declined to recognize the separate tort of negligent investigation while nonetheless considering whether a claim for negligence was made out on the particular facts of that case.

U.K. authorities holding that no duty of care is owed by the police to individual members of the public in the context of the investigation of crime are: *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238 (H.L.), at pp. 243-44; *Alexandrou v. Oxford*, [1993] 4 All E.R. 328 (C.A.); *Osman v. Ferguson*, [1993] 4 All E.R. 344 (C.A.); *Cowan v. Chief Constable of the Avon and Somerset Constabulary*, [2001] E.W.J. No. 5088 (QL), [2001] EWCA Civ 1699; and *Brooks v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24, at paras. 19-23 and 33. See also *Calveley v. Chief Constable of the Merseyside Police*, [1989] 1 All E.R. 1025 (H.L.), at pp. 1030-32, in support of the proposition that the police do not owe a duty of care in the context of an internal police investigation and disciplinary proceeding against police officers.

Australian authorities holding that no duty of care is owed to suspects in the context of a police investigation are *Emanuele v. Hedley* (1997), 137 F.L.R. 339 (A.C.T.S.C.), at p. 359; *Courtney v. State of Tasmania*, [2000] TASSC 83; *Wilson v. State of New South Wales* (2001), 53 N.S.W.L.R. 407, [2001] NSWSC 869, at para. 63; *Tame v. New South Wales* (2002), 191 A.L.R. 449, [2002] HCA 35, at

d'une telle obligation. Voir à ce sujet *Reynen c. Canada*, [1993] A.C.F. nº 1028 (QL) (1re inst.), par. 5; *McGillivary c. Nouveau-Brunswick* (1994), 149 R.N.-B. (2e) 311 (C.A.), par. 10; *Al's Steak House & Tavern Inc. c. Deloitte & Touche* (1994), 20 O.R. (3d) 673 (Div. gén.); *Collie Woollen Mills Ltd. c. Canada*, [1996] A.C.F. nº 193 (QL) (1re inst.), par. 34; *Stevens c. Fredericton (Ville)* (1999), 212 R.N.-B. (2e) 264 (B.R.); *Dix c. Canada (Attorney General)* (2002), 315 A.R. 1, 2002 ABQB 580, par. 557; *Kleysen c. Canada (Attorney General)* (2001), 159 Man. R. (2d) 17, 2001 MBQB 205; *Avery c. Canada (Attorney General)*, [2004] A.N.-B. nº 391 (QL), 2004 NBQB 372, par. 11. Voir également *A.A.D. c. Tanner* (2004), 188 Man. R. (2d) 15, 2004 MBQB 213, au par. 148, où la juge Duval a refusé expressément de reconnaître le délit distinct d'enquête négligente, mais s'est demandé néanmoins si l'on avait établi le bien-fondé de l'action pour négligence eu égard aux faits particuliers de l'espèce.

120 Voici les décisions dans lesquelles les tribunaux du Royaume-Uni ont statué que les policiers n'avaient pas d'obligation de diligence envers les citoyens individuels dans le contexte d'une enquête criminelle : *Hill c. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238 (H.L.), p. 243-244; *Alexandrou c. Oxford*, [1993] 4 All E.R. 328 (C.A.); *Osman c. Ferguson*, [1993] 4 All E.R. 344 (C.A.); *Cowan c. Chief Constable of the Avon and Somerset Constabulary*, [2001] E.W.J. No. 5088 (QL), [2001] EWCA Civ 1699; *Brooks c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24, par. 19 à 23 et 33. Voir également *Calveley c. Chief Constable of the Merseyside Police*, [1989] 1 All E.R. 1025 (H.L.), p. 1030-1032, confirmant que les policiers n'ont pas d'obligation de diligence dans le cadre d'une enquête interne ou d'une instance disciplinaire visant un policier.

121 Les décisions australiennes concluant à l'inexistence d'une obligation de diligence envers les suspects dans le contexte d'une enquête policière sont les suivantes : *Emanuele c. Hedley* (1997), 137 F.L.R. 339 (A.C.T.S.C.), p. 359; *Courtney c. State of Tasmania*, [2000] TASSC 83; *Wilson c. State of New South Wales* (2001), 53 N.S.W.L.R. 407, [2001] NSWSC 869, par. 63; *Tame c. New South*

para. 231; *Gruber v. Backhouse* (2003), 190 F.L.R. 122, [2003] ACTSC 18, at para. 41; *Duke v. State of New South Wales*, [2005] NSWSC 632, at para. 23; and in New Zealand, *Gregory v. Gollan*, [2006] NZHC 426, at paras. 16-17. See also the discussion in *Sullivan v. Moody* (2001), 183 A.L.R. 404, [2001] HCA 59, at para. 60. Cases holding that no duty of care is owed to individual members of the public in the broader investigatory context are *Cran v. State of New South Wales* (2004), 62 N.S.W.L.R. 95, [2004] NSWCA 92, at para. 50 (leave to appeal to HCA denied, [2005] HCA Trans 21); and in New Zealand, *Simpson v. Attorney General*, [1994] 3 N.Z.L.R. 667 (C.A.).

122 For American authorities supporting the proposition that police do not owe a duty of care to suspects, see *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (2d Cir. 1949), at p. 581; *Thompson v. Olson*, 798 F.2d 552 (1st Cir. 1986), at p. 556; *Kompare v. Stein*, 801 F.2d 883 (7th Cir. 1986), at p. 890; *Kelly v. Curtis*, 21 F.3d 1544 (11th Cir. 1994), at p. 1551; *Orsatti v. New Jersey State Police*, 71 F.3d 480 (3d Cir. 1995), at p. 484; *Schertz v. Waupaca County*, 875 F.2d 578 (7th Cir. 1989), at p. 583. Also relevant are the remarks of Scalia J. in *Castle Rock v. Gonzales*, 125 S.Ct. 2796 (2005), at p. 2810.

123 I will mention some of these decisions later in my judgment, but first, a word about *Beckstead* and the decision of the Court of Appeal for Ontario in this case ((2005), 76 O.R. (3d) 481).

124 In *Beckstead*, the Court of Appeal for Ontario confirmed a trial decision holding that a duty of care was owed by the investigating officer to the suspect under investigation ((1997), 37 O.R. (3d) 62 (p. 63)). Notably, however, neither the trial judge nor the panel of the Court of Appeal in that case carried out the *Anns* analysis to determine whether a duty of care in respect of this new category should be found to exist. This lack of any prior authority to support such a holding and the lack of any principled analysis in *Beckstead* prompted the Chief Justice of Ontario to create a five-judge panel

Wales (2002), 191 A.L.R. 449, [2002] HCA 35, par. 231; *Gruber c. Backhouse* (2003), 190 F.L.R. 122, [2003] ACTSC 18, par. 41; *Duke c. State of New South Wales*, [2005] NSWSC 632, par. 23. Pour la Nouvelle-Zélande, voir *Gregory c. Gollan*, [2006] NZHC 426, par. 16-17. Voir également l'analyse du tribunal dans *Sullivan c. Moody* (2001), 183 A.L.R. 404, [2001] HCA 59, par. 60. Les décisions suivant lesquelles il n'existe aucune obligation de diligence envers les citoyens individuels dans le contexte d'une enquête en général sont les suivantes : *Cran c. State of New South Wales* (2004), 62 N.S.W.L.R. 95, [2004] NSWCA 92, par. 50 (autorisation d'appel à la HCA refusée, [2005] HCA Trans 21), et en Nouvelle-Zélande, *Simpson c. Attorney General*, [1994] 3 N.Z.L.R. 667 (C.A.).

Pour ce qui concerne les décisions américaines favorables à la thèse que les policiers n'ont pas d'obligation de diligence envers les suspects, voir *Gregoire c. Biddle*, 177 F.2d 579 (2d Cir. 1949), p. 581; *Thompson c. Olson*, 798 F.2d 552 (1st Cir. 1986), p. 556; *Kompare c. Stein*, 801 F.2d 883 (7th Cir. 1986), p. 890; *Kelly c. Curtis*, 21 F.3d 1544 (11th Cir. 1994), p. 1551; *Orsatti c. New Jersey State Police*, 71 F.3d 480 (3d Cir. 1995), p. 484; *Schertz c. Waupaca County*, 875 F.2d 578 (7th Cir. 1989), p. 583. Signalons également les remarques du juge Scalia dans *Castle Rock c. Gonzales*, 125 S.Ct. 2796 (2005), p. 2810.

Je reviendrai sur certaines de ces décisions. Je me penche d'abord sur la décision *Beckstead* et l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire ((2005), 76 O.R. (3d) 481).

Dans l'arrêt *Beckstead*, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision de première instance selon laquelle le policier enquêteur avait une obligation de diligence envers le suspect sous enquête ((1997), 37 O.R. (3d) 62 (p. 63)). Il importe de signaler toutefois que ni le juge de première instance ni la Cour d'appel n'ont repris l'analyse de l'arrêt *Anns* pour déterminer s'il existait une obligation de diligence à l'égard de cette nouvelle catégorie. Vu l'absence de jurisprudence permettant de conclure en ce sens et l'omission de recourir à une analyse fondée sur les principes applicables dans

for the hearing of this case to determine whether *Beckstead* was correctly decided (Court of Appeal judgment, at para. 2).

In support of his conclusion that *Beckstead* was correctly decided, MacPherson J.A., writing for a unanimous court on this issue, relied in part on the existence of a duty of care in an analogous category, stating that "the duty of care exists in Ontario with respect to both suspects (*Beckstead*) and victims (*Jane Doe*)" (para. 65 (emphasis added)). He then concluded that he could "see no principled basis for distinguishing the two categories" (para. 65).

The question whether the relationship between the investigating officer and the victim or potential victim of crime can give rise to a private duty of care has never been considered by this Court and we are not deciding this issue on this appeal. However, given the reliance placed by the Court of Appeal on *Jane Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 160 D.L.R. (4th) 697 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), it is necessary to examine the import of the finding in that case to determine whether the Court of Appeal was correct in concluding that a general duty of care exists with respect to victims and that the categories of victim and suspect are indistinguishable.

First, it is important to properly circumscribe the decision in *Jane Doe*. In order to do so, it may be helpful to briefly review the facts and the findings of the court in that case. From December 1985 to August 1986, a series of sexual assaults took place in Toronto. The sexual assaults shared certain characteristics: each took place in the same downtown Toronto neighbourhood; all the female victims lived in second or third floor apartments; each apartment contained an exterior balcony; and entry to the women's apartments had been effected via the balconies.

After the fourth incident, but prior to the sexual assault of Jane Doe, the Metropolitan Toronto

Beckstead, le Juge en chef de l'Ontario a constitué un tribunal de cinq juges pour entendre cette affaire et déterminer si l'arrêt *Beckstead* était fondé (jugement de la Cour d'appel, par. 2).

125 Pour étayer sa conclusion qu'il l'était, le juge MacPherson, au nom des juges unanimes, a notamment invoqué l'existence d'une obligation de diligence dans une catégorie analogue, affirmant que [TRADUCTION] « l'obligation de diligence existe en Ontario envers les suspects (*Beckstead*) et les victimes (*Jane Doe*) » (par. 65 (je souligne)). Il a ajouté qu'il ne [TRADUCTION] « voyait aucune raison de principe d'établir une distinction entre ces deux catégories » (par. 65).

126 La Cour n'a jamais examiné la question de savoir si le lien entre le policier enquêteur et la victime ou la victime potentielle d'un crime peut faire naître une obligation de diligence de droit privé et elle n'est pas appelée à trancher la question dans le présent pourvoi. Cependant, l'importance accordée par la Cour d'appel au jugement *Jane Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 160 D.L.R. (4th) 697 (C. Ont. (Div. gén.)), rend nécessaire l'examen de la portée de la conclusion tirée dans cette affaire afin de déterminer si la Cour d'appel a eu raison de conclure qu'une obligation générale de diligence existe envers les victimes et que cette catégorie de personnes ne saurait être distinguée de celle des suspects.

127 Premièrement, il importe de bien circonscrire la décision *Jane Doe*. Il convient donc de faire brièvement état des faits et des conclusions du tribunal dans cette affaire. Entre décembre 1985 et août 1986, une série d'agressions sexuelles a eu lieu à Toronto. Les agressions avaient certaines caractéristiques en commun : elles avaient eu lieu dans le même secteur du centre-ville de Toronto, les victimes — des femmes — habitaient un appartement au deuxième ou au troisième étage, l'appartement était pourvu d'un balcon et l'agresseur y était entré par la porte du balcon.

128 Après la quatrième agression, mais avant celle dont a été victime Jane Doe, la Police de la

Police Force ("MTPF") had grounds to believe that a single individual was responsible for the sexual assaults. However, while anticipating that additional assaults were likely to occur, the MTPF deliberately refrained from informing potential victims of the specific risk to them on the grounds that doing so would cause the offender to flee. The trial judge, MacFarland J. (as she then was), found that the circumstances of the case suggested that "the women were being used — without their knowledge or consent — as 'bait' to attract a predator whose specific identity then was unknown to the police, but whose general and characteristic identity most certainly was" (p. 725).

129 According to MacFarland J., the MTPF's decision not to inform members of the public who had been identified as being at risk was grossly negligent. Importantly, however, MacFarland J. took care to delineate the scope of the duty thus breached. She was "satisfied on the evidence that a meaningful warning could and should have been given to the women who were at particular risk" (p. 730 (emphasis added)). MacFarland J. went on to find that "the police failed utterly in their duty to protect these women and the plaintiff in particular from the serial rapist the police knew to be in their midst by failing to warn so that they may have had the opportunity to take steps to protect themselves" (p. 732 (emphasis added)). MacFarland J. concluded that "[h]ere police were aware of a specific threat or risk to a specific group of women and they did nothing to warn those women of the danger they were in, nor did they take any measures to protect them" (p. 732 (emphasis added)).

130 Hence, the trial judge in *Jane Doe* held that where the police are aware of a *specific* threat to a *specific* group of individuals, the police have a duty to inform those individuals of the specific threat in question so that they may take steps to protect themselves from harm. As Moldaver J. (as he then was) said, speaking for the Divisional Court in confirming that the action could proceed to trial, "[w]hile the police owe certain duties to the

communauté urbaine de Toronto (« PCUT ») avait des motifs de croire qu'une seule personne était l'auteur de ces crimes. Or, même si elle s'attendait à de nouvelles agressions, la PCUT s'est délibérément abstenue d'informer les victimes potentielles du risque précis qu'elles couraient au motif que si elle l'avait fait, le contrevenant aurait pris le large. Présidant le procès, la juge MacFarland (maintenant juge à la Cour d'appel) a conclu que les circonstances de l'affaire donnaient à penser que [TRADUCTION] « les femmes avaient — à leur insu ou sans leur consentement — servi d'"appât" pour attirer le prédateur dont la police ignorait l'identité exacte, mais connaissait assurément le profil général et les caractéristiques » (p. 725).

Selon la juge MacFarland, en décidant de ne pas informer les citoyennes qu'elle jugeait « à risque », la PCUT a commis une négligence grave. Mais surtout, la juge MacFarland a pris la peine de délimiter la portée de l'obligation à laquelle il y avait ainsi eu manquement. Elle s'est dite [TRADUCTION] « convaincue, au vu de la preuve, que les femmes courant un risque particulier auraient pu et auraient dû être dûment mises en garde » (p. 730 (je souligne)). Elle a ensuite conclu que [TRADUCTION] « la police a gravement manqué à son obligation de protéger ces femmes et la demanderesse en particulier contre le violeur en série qu'elle savait rôder dans leur voisinage en omettant de les prévenir de manière qu'elles puissent prendre des précautions » (p. 732 (je souligne)). Elle a ajouté : [TRADUCTION] « [e]n l'espèce, la police connaissait l'existence de la menace ou du risque précis auquel était exposé un groupe de femmes en particulier et elle n'a rien fait pour prévenir ces femmes du danger qu'elles couraient, ni pris de mesures pour les protéger » (p. 732 (je souligne)).

La juge du procès a donc conclu que lorsque la police sait qu'une menace *précise* pèse sur des personnes *en particulier*, elle a l'obligation d'en informer celles-ci de manière qu'elles puissent prendre des précautions. Comme l'a dit le juge Moldaver (maintenant juge de la Cour d'appel) au nom de la Cour divisionnaire en confirmant que l'action pouvait être instruite, [TRADUCTION] « même si la police a certaines obligations envers

public at large, they cannot be expected to owe a private law duty of care to every member of society who might be at risk": *Jane Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1990), 72 D.L.R. (4th) 580, at p. 584. Hence, *Jane Doe* cannot be read to stand for the wide proposition that the police owe a *general* duty of care to *all potential* victims of crime. Such an interpretation would ignore the fact that there must be more than mere foreseeability of harm before a duty of care will arise; there must also be sufficient proximity between the parties and the absence of policy considerations negating the existence of any *prima facie* duty of care.

la population en général, elle ne saurait avoir une obligation de diligence de droit privé envers chaque citoyen susceptible de courir un danger » : *Jane Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1990), 72 D.L.R. (4th) 580, p. 584. On ne peut donc aller jusqu'à affirmer sur le fondement de la décision *Jane Doe* que la police a une obligation *générale* de diligence vis-à-vis de *toute* victime *potentielle* d'un acte criminel. Ce serait faire abstraction du fait que la simple prévisibilité d'un préjudice ne peut faire naître à elle seule une obligation de diligence, car un lien de proximité suffisant doit en outre exister entre les parties et aucune considération de politique générale ne doit écarter l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*.

Without further qualification, therefore, I find myself unable to endorse MacPherson J.A.'s broad conclusion in this case that "the duty of care exists in Ontario with respect to . . . victims" (para. 65). I also respectfully disagree with his assertion that there is no principled basis on which to distinguish between the two categories. To the contrary, there is crucial distinction between victim and suspect. The distinction resides in the fact that the public interest in having police officers investigate crime for the purpose of apprehending offenders and a potential victim's interest in being protected from the offenders are generally reconcilable. In contrast, the police officer's duty to investigate crime and apprehend offenders is diametrically opposed to the interests of the person under investigation. This is because the suspect's interest, regardless of whether that suspect is the actual perpetrator of the crime, is *always* to be left alone by the state. In other words, the suspect's interest is *always* at odds with the public interest in the context of a criminal investigation. I will explain.

131 Parce qu'elle manque de nuance, je ne puis donc souscrire à la conclusion générale tirée par le juge MacPherson en l'espèce, à savoir que [TRADUCTION] « l'obligation de diligence existe en Ontario envers les [. . .] victimes » (par. 65). En toute déférence, je suis également en désaccord avec son affirmation qu'il n'y a aucune raison de principe d'établir une distinction entre les deux catégories. Au contraire, il existe une distinction fondamentale entre la victime et le suspect et elle tient à la possibilité générale de concilier l'intérêt public que sert l'enquête policière visant l'arrestation de l'auteur d'un crime et l'intérêt de la victime que sert sa protection contre les criminels. Par contre, l'obligation du policier d'enquêter sur les crimes et d'arrêter les contrevenants est diamétralement opposée à l'intérêt de la personne sous enquête, car il est *toujours* dans l'intérêt du suspect, qu'il soit ou non l'auteur du crime, de ne pas être importuné par l'État. Autrement dit, l'intérêt du suspect va *toujours* à l'encontre de l'intérêt public dans le contexte d'une enquête criminelle. Je m'explique.

That a perpetrator's interest is at odds with the public interest in having him investigated and apprehended is too obvious to require explanation. It is important in this context to appreciate, however, that the interests of the suspect who is factually innocent of any criminal involvement is also at odds with the fulfilment of the officer's public duty to investigate crime. In my respectful view, it

132 Il est trop manifeste que l'intérêt du criminel va à l'encontre de l'intérêt public servi par sa mise sous enquête et son arrestation pour qu'une explication soit nécessaire. Il importe toutefois de comprendre dans ce contexte que l'intérêt du suspect qui est réellement innocent s'oppose également à l'exécution de la fonction policière d'enquêter sur les crimes. À mon humble avis, il serait naïf de penser

would be naive to simply assume that the innocent suspect's interest is not at odds on the ground that such a person will always be exonerated as a result of the investigation, if the police perform their duty in a competent manner. There is a significant gap between the "reasonable and probable grounds" standard upon which the initiation of the criminal process is based and the ultimate standard of proof beyond a reasonable doubt upon which a conviction is grounded. There is, moreover, a significant public interest in maintaining the long-established lower standard for the initiation of process. The result of this is that a criminal investigation, even of the most stellar quality, may well result in the targeting of the factually innocent. Further, even in those cases where the innocent suspect is exonerated as a result of the investigation, he or she will inevitably have suffered some harm as a result of the process that led to his exoneration: her reputation may be tarnished, or she may have suffered economic loss. This is why I say that *all* suspects, whether they have in fact committed the offence or not, stand to lose from being targeted by the police. It is *always* in the suspect's personal interest to be left alone by the state.

le contraire simplement parce que la personne en question sera toujours innocentée à l'issue de l'enquête si les policiers s'acquittent de leur obligation avec compétence. Il existe un écart important entre les « motifs raisonnables et probables » requis pour enclencher le processus pénal et la preuve hors de tout doute raisonnable sur laquelle doit se fonder la déclaration de culpabilité à l'issue du processus. Qui plus est, il est nettement dans l'intérêt public de conserver l'exigence minimale établie de longue date pour l'enclenchement du processus. Il s'ensuit que même l'enquête la plus rigoureuse peut faire en sorte qu'une personne en réalité innocente se retrouve dans la mire des policiers. Et même lorsque le suspect est disculpé à l'issue de l'enquête, celle-ci lui a inévitablement infligé un préjudice : sa réputation ou ses finances peuvent en avoir souffert. C'est pourquoi j'estime que *tous* les suspects, qu'ils aient ou non commis l'infraction, ont tout à perdre d'être dans la mire des policiers. Il est *toujours* dans l'intérêt personnel du suspect de ne pas être importuné par l'État.

133 Therefore, victims and suspects are not analogous categories.

Par conséquent, victimes et suspects ne forment pas des catégories analogues.

134 The Court of Appeal also placed some reliance on this Court's decision in *Odhavji* in support of the approach it adopted (para. 71). In my view, however, *Odhavji* provides little assistance in determining the question that occupies us on this appeal. *Odhavji* involved a suit brought against the Metropolitan Toronto Chief of Police by the family of an individual who had been fatally shot by the police. The plaintiffs alleged that the Chief owed them a duty of care to ensure that officers co-operated with the Special Investigations Unit, and that the Chief had breached that duty, resulting in harm to the family. This Court refused to strike the plaintiff's statement of claim as disclosing no cause of action, noting in particular that s. 41(1)(b) of the *Police Services Act* imposed on the Chief a "freestanding statutory obligation to ensure that the members of the force carry out their duties in accordance with the provisions of the *Police*

La Cour d'appel s'est en outre appuyée jusqu'à un certain point sur notre arrêt *Odhavji* pour justifier sa conclusion (par. 71). Or, selon moi, cet arrêt ne permet guère de trancher la question soulevée en l'espèce. Dans cette affaire, la famille d'un individu abattu par la police avait poursuivi le chef de police de la Communauté urbaine de Toronto. Les demandeurs soutenaient que le défendeur avait envers eux une obligation de diligence, celle de faire en sorte que les policiers collaborent avec l'unité des enquêtes spéciales, et qu'il avait manqué à cette obligation, leur causant ainsi un préjudice. La Cour a refusé de radier la déclaration des demandeurs pour absence de cause d'action, signalant en particulier que suivant l'al. 41(1)b) de la *Loi sur les services policiers*, le chef avait l'« obligation distincte de veiller à ce que les membres du corps de police exercent leurs fonctions conformément aux dispositions de la *Loi sur les services policiers* et aux

Services Act and the needs of the community" (*Odhavji*, at para. 58). This Court took this to support the finding of a relationship of proximity. By way of contrast, no similar specific statutory duty can be pointed to in the present case. Consequently, *Odhavji* does not provide us with an analogous category in which a duty of care has previously been found to exist either.

Because this case does not fall either directly or by analogy within a category of cases in which a duty of care has previously been recognized, it is necessary to turn to the proximity inquiry under the *Anns* test to determine whether the relationship between an investigating officer and a suspect under investigation is sufficiently close to give rise to a *prima facie* duty of care.

2.4.2 The Interests Engaged by the Relationship Between the Investigator and the Investigated

As explained by my colleague (at paras. 26-30), the question at this stage of the inquiry is whether the relationship between the investigating officer and the suspect is such as "to make the imposition of legal liability for negligence appropriate". Proximity is closely connected to the notion of foreseeability: the relationship must be sufficiently close and direct that the defendant *ought* to have had the plaintiff in mind as a person who could potentially be harmed by his or her conduct. But proximity is not exhausted by foreseeability. In addition, other factors that may bear on the question of whether the relationship between the defendant and the plaintiff is capable of supporting legal liability must be considered (*Cooper*, at para. 37). Such factors may include expectations, representations, reliance and the nature of the interests that characterize the relationship (*Cooper*, at para. 34). However, no definitive list of factors is possible and the list will vary depending on the circumstances of the case (*Cooper*, at para. 35).

There is no question that the relationship between police officer and suspect is sufficiently close and direct that the investigating officer ought to have the targeted suspect in mind as a person potentially

besoins de la collectivité » (*Odhavji*, par. 58). La Cour en a conclu qu'il existait un lien de proximité. Or, pareille obligation légale ne peut être invoquée en l'espèce. En conséquence, dans l'arrêt *Odhavji*, la Cour n'a pas non plus reconnu l'existence d'une obligation de diligence dans une catégorie analogue.

135 Comme la présente affaire ne s'inscrit ni directement ni par analogie dans une catégorie pour laquelle l'existence d'une obligation de diligence a déjà été reconnue, il nous faut, conformément au critère de l'arrêt *Anns*, déterminer s'il existe entre le policier enquêteur et le suspect sous enquête un lien suffisamment étroit pour faire naître une obligation de diligence *prima facie*.

2.4.2 Les intérêts mis en jeu par le lien entre l'enquêteur et la personne sous enquête

136 Comme l'explique ma collègue aux par. 26 à 30 de ses motifs, à cette étape de l'analyse, la question est de savoir si le lien entre le policier enquêteur et le suspect est suffisamment étroit « pour justifier l'imposition d'une obligation de diligence ». La notion de proximité est intimement liée à celle de la prévisibilité : le lien doit être étroit et direct au point que le défendeur *ait dû* voir dans le demandeur une personne susceptible d'être lésée par ses actes. Or, la proximité ne tient pas qu'à la prévisibilité. D'autres facteurs pertinents quant à savoir si le lien entre le défendeur et le demandeur est susceptible de justifier l'imposition d'une obligation légale doivent également être pris en compte (*Cooper*, par. 37), dont les attentes, les déclarations, la confiance et la nature des intérêts propres à la relation (*Cooper*, par. 34). Les facteurs à considérer varient toutefois au gré des circonstances de chaque espèce et ne se prêtent pas à une énumération définitive (*Cooper*, par. 35).

137 Il ne fait aucun doute que le lien entre le policier et le suspect est étroit et direct au point que le policier enquêteur a dû voir dans le suspect une personne susceptible d'être lésée par ses actes.

harmed by his actions. As I have noted, however, other factors engaged by the relationship must also be considered in order to reach a conclusion regarding proximity. In my view, none of these further factors, either jointly or severally, is sufficient to give rise to the required proximate relationship.

138 McLachlin C.J. identifies the expectations of the parties and the interests engaged by the relationship as relevant factors giving rise to a relationship of proximity. In respect of the first factor, my colleague states: "Viewed from the broader societal perspective, suspects may reasonably be expected to rely on the police to conduct their investigation in a competent, non-negligent manner" (para. 39). From a logical standpoint, I take no issue with this proposition. Since society undoubtedly relies on police officers to perform their public duty to investigate crime and apprehend criminals in a competent, non-negligent manner, the suspect, as a member of that society, may reasonably be said to share that expectation. The critical factor, however, and one which, in my view, strongly militates *against* the recognition of a duty of care is the second one, the interests engaged by the relationship.

139 McLachlin C.J. describes the high interests at stake for the targeted suspect. As she states, the suspect "has a critical personal interest in the conduct of the investigation. At stake are his freedom, his reputation and how he may spend a good portion of his life" (para. 34). In addition, as the Statement of Claim in this case reveals, the targeted suspect's financial interests are also engaged. Mr. Hill claims loss of wages, decreased future income earning ability and numerous out-of-pocket expenses. My colleague concludes that "[t]hese high interests support a finding of a proximate relationship giving rise to a duty of care" (para. 34). With respect, however, the suspect's interests are not the only interests engaged by the relationship. As aptly stated in *Childs v. Desormeaux*:

> The law of negligence not only considers the plaintiff's loss, but explains why it is just and fair to impose the cost of that loss on the particular defendant before the court. The proximity requirement captures this two-sided face of negligence. [para. 25]

Cependant, je rappelle que le lien de proximité doit être déterminé au regard des autres facteurs que met en jeu la relation. À mon avis, ces autres facteurs, ensemble ou séparément, ne suffisent pas à établir le lien de proximité requis.

Selon la juge en chef McLachlin, les attentes des parties et les intérêts en jeu permettent de conclure à l'existence du lien de proximité. En ce qui concerne le premier facteur, ma collègue dit : « Du point de vue social en général, le suspect peut à bon droit s'attendre à ce que les policiers enquêtent avec compétence et diligence » (par. 39). Je n'en disconviens pas sur le plan logique. Puisque la société s'attend assurément à ce que les policiers s'acquittent avec compétence et diligence de leur devoir public d'enquêter sur les crimes et d'arrêter les contrevenants, il est raisonnable de penser que le suspect, en tant que membre de la société, s'y attend aussi. Toutefois, le facteur déterminant et qui, à mon sens, milite grandement *contre* la reconnaissance d'une obligation de diligence, est le deuxième, celui des intérêts mis en jeu par la relation.

La juge en chef McLachlin fait état de l'enjeu important pour le suspect. Selon elle, le suspect « a un intérêt personnel considérable dans le déroulement de l'enquête. Sa liberté, sa réputation et une grande partie de son avenir sont en jeu » (par. 34). En outre, comme il appert de la déclaration de M. Hill, les intérêts financiers du suspect sont aussi en jeu. M. Hill fait état d'une perte de revenus, d'une diminution de sa capacité de gain ultérieure et de nombreuses dépenses. Ma collègue conclut : « l'importance de ces intérêts permet de conclure qu'un lien de proximité fait naître une obligation de diligence » (par. 34). En toute déférence, les intérêts du suspect ne sont cependant pas les seuls que met en jeu la relation. Comme la Cour l'a dit avec justesse dans l'arrêt *Childs c. Desormeaux* :

> En matière de négligence, le droit s'attache non seulement à la perte subie par le demandeur, mais explique pourquoi il est juste et équitable de faire supporter le coût de cette perte par un défendeur donné devant le tribunal. L'exigence du lien de proximité englobe ces deux facettes du droit de la négligence. [par. 25]

In other words, in assessing the proximity of the relationship between plaintiff and defendant, we must pay attention not only to the plaintiff's interests; we must also pay attention to those of the defendant, in this case the investigating officers. This requires us to consider their role in the enforcement of the criminal law.

The enforcement of the criminal law is one of the most important aspects of the maintenance of law and order in a free society. Police officers are the main actors who have been entrusted to fulfill this important function. Often, this requires police officers to make decisions that might adversely affect the rights and interests of citizens. As the Canadian Association of Chiefs of Police notes in its factum:

> While there is a superficial similarity between liability in negligence for police officers and liability in negligence for other professionals, there is also a fundamental distinction. Other professionals have a private law duty to act in the best interests of their clients. Police officers however are public office holders, and have a public duty to act in the best interests of society as a whole. This public interest is not synonymous with the interests of private citizens in a police investigation. As stated in *Odhavji Estate* [at para. 28], "[i]n a democracy, public officers must retain the authority to make decisions that, where appropriate, are adverse to the interests of certain citizens". [para. 22]

The importance of maintaining the police officer's authority to make decisions in the public interest that are adverse to certain citizens is underscored in the case of suspects. As I explained earlier, because society's interest in having the police investigate crime and apprehend criminals inevitably collides with the suspect's interest to be left alone by the state, the imposition of a private duty of care would of necessity give rise to conflicting duties. I am not suggesting, as stated by the Chief Justice (at para. 42), that the police have "a duty to leave people alone". I am saying that it is always in the *interest* of individual members of society to be left alone rather than to be investigated by the police. This is because the individual, whether innocent or not, always stands to lose from being targeted by the police. Therefore, the imposition on the police

En d'autres termes, pour déterminer s'il existe un lien de proximité entre le demandeur et le défendeur, il faut non seulement tenir compte des intérêts du demandeur, mais également de ceux du défendeur, ce qui commande en l'occurrence l'examen du rôle du policier enquêteur dans l'application du droit criminel.

L'application du droit criminel est l'un des volets les plus importants du maintien de la loi et de l'ordre dans une société libre. Cette mission importante est confiée principalement aux policiers qui, pour s'en acquitter, doivent souvent prendre des décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits et les intérêts de citoyens. Comme le signale l'Association canadienne des chefs de police dans son mémoire : 140

> [TRADUCTION] Même si, en apparence, la responsabilité pour négligence du policier s'apparente à celle des autres professionnels, elle présente aussi une différence fondamentale. Les autres professionnels ont l'obligation de droit privé d'agir dans l'intérêt de leurs clients. Le policier est titulaire d'une charge publique et a le devoir public d'agir dans l'intérêt de la société en général. Cet intérêt public ne saurait être confondu avec l'intérêt d'un citoyen individuel lors d'une enquête policière. Comme la Cour l'a dit dans l'arrêt *Succession Odhavji* [par. 28], « [e]n démocratie, les fonctionnaires publics doivent conserver le pouvoir de prendre des décisions qui, le cas échéant, vont à l'encontre des intérêts de certains citoyens ». [par. 22]

Il importe encore plus que le policier conserve le pouvoir de prendre, dans l'intérêt public, une décision défavorable à un citoyen en particulier lorsque cette décision vise un suspect. Comme je l'ai expliqué, l'intérêt qu'a la société à ce que les policiers enquêtent sur les crimes et arrêtent les contrevenants entre inévitablement en conflit avec l'intérêt du suspect à ne pas être importuné par l'État. C'est pourquoi l'imposition d'une obligation de diligence de droit privé donnerait nécessairement lieu à des obligations contradictoires. Contrairement à ce que dit la Juge en chef au par. 42, je ne laisse pas entendre que les policiers ont « l'obligation de ne pas importuner les gens ». Je dis qu'il est toujours dans l'*intérêt* du citoyen individuel d'être laissé en paix au lieu d'être soumis à une enquête policière. Il en est ainsi parce que le citoyen, qu'il soit innocent

of a legal duty to take reasonable care not to harm the individual inevitably pulls the police away from targeting that individual as a suspect. In such circumstances, it is neither just nor fair to the individual police officers, nor in the interest of society generally, to impose on police officers a duty that brings in its wake a set of conflicting duties.

141 By way of example, we need only consider the — unfortunately not uncommon — occurrence of the suspected impaired driver. If in acting to combat impaired driving the police were duty-bound to take into account not only the public interest but also the suspect's interests, in all but the most obvious cases of impairment, the officer might well be advised to simply let the suspect go rather than risk harming the suspect by initiating a criminal law process that may not result in a conviction. By letting the suspect go, the officer would also avoid the risk of time-consuming legal entanglements and potential civil liability. This cautionary approach may seem even more advisable to the officer if the suspect in question is a person of stature and means who may personally stand to lose more from being "wrongfully" dragged into the criminal justice system.

142 I do not mean to suggest that if a duty of care towards suspects is recognized, police officers will become "so apprehensive, easily dissuaded from doing their duty and intent on preserving public funds from costly claims" that they will be incapable of carrying out their assigned duties (*Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004 (H.L.), at p. 1033, *per* Lord Reid). Like Lord Reid, in my view, the police are made of sterner stuff. Rather, my point is that the overly cautious approach that may result from the imposition of conflicting duties would seriously undermine *society's interest* in having the police investigate crime and apprehend offenders. Mr. Hill purports to answer this argument by denying that the police officer would be faced with such concerns because, he argues, the officer could always safely stand behind the reasonable and probable grounds standard. I will have more

ou non, s'expose toujours à un préjudice lorsqu'il fait l'objet d'une enquête. S'il était légalement tenu de prendre des mesures raisonnables pour ne pas infliger de préjudice à une personne, le policier se retrouverait nécessairement soumis à des forces contraires au moment de considérer cette personne comme suspecte. Il n'est donc ni juste ni équitable pour le policier, pas plus qu'il n'est dans l'intérêt de la société en général, de lui imposer une obligation qui fait naître, dans sa foulée, un ensemble d'obligations contradictoires.

Considérons par exemple le cas — malheureusement pas inusité — de la personne soupçonnée de conduite en état d'ébriété. Si, dans la lutte contre l'alcool au volant, le policier avait l'obligation de tenir compte non seulement de l'intérêt public, mais aussi des intérêts du suspect, peut-être vaudrait-il mieux, sauf dans les cas les plus patents de conduite en état d'ébriété, qu'il laisse simplement le suspect partir au lieu de risquer de lui causer un préjudice en enclenchant un processus pénal susceptible de ne pas mener à une déclaration de culpabilité. Ainsi, il échapperait de plus au risque de démêlés judiciaires prolongés et à toute responsabilité civile éventuelle. Cette prudence pourrait lui paraître encore plus opportune lorsque le suspect est une personne influente pouvant avoir plus à perdre d'une poursuite criminelle « injustifiée ».

Je ne veux pas dire par là que la reconnaissance d'une obligation de diligence envers les suspects rendrait les policiers [TRADUCTION] « si craintifs qu'ils renonceraient facilement à accomplir leur devoir et se soucieraient de protéger les fonds publics contre de coûteuses poursuites », devenant alors incapables de s'acquitter de leurs fonctions (*Dorset Yacht Co. c. Home Office*, [1970] A.C. 1004 (H.L.), p. 1033, lord Reid). À l'instar de ce dernier, j'estime que les policiers sont d'une autre trempe. Je crois plutôt que la prudence excessive dont ils pourraient faire preuve en raison de leurs obligations contradictoires irait sérieusement à l'encontre de *l'intérêt qu'a la société* à ce qu'ils enquêtent sur les crimes et arrêtent les contrevenants. M. Hill affirme au contraire que les policiers ne se heurteraient pas à un tel dilemme, car ils pourraient toujours se réfugier derrière l'existence de motifs raisonnables et

to say about the reasonable and probable grounds standard below. For the moment, however, let me simply say that I am dubious that a police officer, who has spent time in impaired driving court and who has witnessed countless legal debates about whether the arresting officer had the requisite reasonable and probable grounds to believe the suspect had been driving while impaired, would regard this standard as a sufficient safety net. Therefore, I am not persuaded that the potential ramifications of imposing on police these conflicting duties can be so easily answered by an appeal to the reasonable and probable grounds standard.

probables. J'y reviendrai. Pour l'heure, j'exprime seulement le doute qu'un policier qui a déjà témoigné dans des affaires de conduite en état d'ébriété et assisté à d'innombrables débats judiciaires quant à savoir si le policier ayant procédé à l'arrestation avait des motifs raisonnables et probables de croire que le suspect avait pris le volant en état d'ébriété, puisse considérer que l'existence de tels motifs le protège amplement. Par conséquent, je ne suis pas convaincue que la norme des motifs raisonnables et probables permette de remédier si facilement aux conséquences possibles de l'assujettissement du policier à de telles obligations contradictoires.

If authority is needed in support of the proposition that the imposition of conflicting duties is to be avoided, we need to look no further than the decisions of this Court in *Cooper* and *Edwards*. In both cases, the defendants were found to owe duties to the public at large, and private claims against them were dismissed at the pleadings stage for failure to disclose a reasonable cause of action. 143

Il suffit de se reporter aux arrêts *Cooper* et *Edwards* de la Cour pour étayer la thèse que l'imposition d'obligations contradictoires doit être évitée. Dans les deux affaires, le défendeur avait été reconnu débiteur d'une obligation envers le public en général et le recours privé intenté contre lui avait été rejeté au motif que la déclaration ne révélait aucune cause d'action fondée.

In *Cooper*, the Registrar of Mortgage Brokers was sued for alleged negligence in failing to exercise his statutory powers with appropriate care to avoid or minimize a loss suffered by the plaintiff resulting from the improper actions of a mortgage broker. This Court found that there was no private duty of care in part because "a duty to individual investors would potentially conflict with the Registrar's overarching duty to the public" (para. 44). 144

Dans l'affaire *Cooper*, le demandeur avait poursuivi le registrateur des courtiers en hypothèques pour négligence, lui reprochant de n'avoir pas exercé ses pouvoirs légaux avec la diligence requise pour lui éviter les pertes infligées par les irrégularités d'un courtier en hypothèques, ou pour les réduire. La Cour a conclu à l'inexistence d'une obligation de diligence de droit privé au motif, notamment, que « si le registrateur avait une obligation envers chaque investisseur, cette obligation serait susceptible d'aller à l'encontre de l'obligation qu'il a à l'égard des intérêts supérieurs du public » (par. 44).

Edwards involved a similar claim against the Law Society of Upper Canada for its alleged negligence in failing to protect a class of fraud victims from improper conduct on the part of a solicitor. This Court refused to impose a private duty of care because imposing liability for negligence on the Law Society would be inconsistent with the Society's "public interest" role. The Court agreed with the following excerpt from Finlayson J.A.'s judgment in the Court of Appeal for Ontario, at para. 6: 145

Dans l'affaire *Edwards*, un recours semblable avait été intenté contre le Barreau du Haut-Canada pour omission de protéger une catégorie de personnes victimes de fraude contre les malversations d'un avocat. La Cour a refusé d'imposer au Barreau une obligation de diligence de droit privé parce que l'existence d'une telle obligation aurait été incompatible avec le rôle de l'organisme relatif à « l'intérêt public ». La Cour a approuvé l'extrait suivant des motifs du juge Finlayson de la Cour d'appel de l'Ontario :

The public is well-served by refusing to fetter the investigative powers of the Law Society with the fear of civil liability. The invocation by the plaintiffs of the "public interest" role of the Law Society seems to be misconceived as it actually works to undermine their argument. . . . [T]he Law Society cannot meet this obligation if it is required to act according to a private law duty of care to specific individuals such as the appellants. The private law duty of care cannot stand alongside the Law Society's statutory mandate and hence cannot be given effect to.

146 It might be objected that in each of *Cooper* and *Edwards* a particular statutory scheme brought the parties together and that that statutory scheme was what stood in the way of a finding of proximity. However, this provides no basis for declining to apply the same principle to this case. Although the police officer's duty to investigate crime and apprehend suspects is rooted in common law, it is also recognized, expressly or impliedly, by statute. Furthermore, the relationship between the investigating officer and the suspect arises in the context of the criminal law and regulatory law, both of which are governed almost entirely by statute. In fact, in my view, the conflicting duties that would arise in this case are far more acute than those in *Cooper* or *Edwards* where, at least in some instances, the interest of the potential victim can be reconciled with the interest of the public. After all, both the investing public and the private investor might have as an interest the shutting down of unscrupulous mortgage brokers. By contrast, as I have explained earlier, it is *never* in the interest of the targeted suspect that the police investigate him or her. This suggests again that the interests of the public in having police officers investigate crime and the interests of suspects are inherently and diametrically opposed.

147 This opposition of interests has been recognized by courts in other countries as a sufficient reason not to impose a duty of care. The imposition of a duty of care in negligence owed to suspects has been held to be inconsistent with a police officer's duty to fully investigate the conduct in question. For example, Australian courts have reasoned that to impose a duty of care in negligence to a person

[TRADUCTION] Le public est bien servi par le refus d'entraver les pouvoirs d'enquête du Barreau par la crainte de la responsabilité civile. Le fait pour les appelants d'invoquer le rôle relatif à l'« intérêt public » du Barreau semble inopportun puisqu'il a pour effet d'affaiblir leur argument [. . .] [L]e Barreau ne peut satisfaire à cette obligation s'il est tenu d'agir conformément à une obligation de diligence de droit privé à l'égard de particuliers comme les appelants. L'obligation de diligence de droit privé ne peut coexister avec le mandat conféré par la loi au Barreau et, partant, elle ne peut être mise en œuvre. [par. 6]

On peut objecter que dans chacune de ces affaires, un régime législatif particulier créait un lien entre les parties et que c'est ce régime législatif qui a fait obstacle à la reconnaissance d'un lien de proximité. Or, il ne s'ensuit pas qu'il faille refuser d'appliquer le même principe en l'espèce. Bien que l'obligation du policier d'enquêter sur les crimes et d'arrêter les suspects trouve sa source dans la common law, elle est également reconnue, explicitement ou implicitement, dans la loi. De plus, le lien entre le policier enquêteur et le suspect s'inscrit dans le contexte du droit criminel et du droit réglementaire, lesquels sont presque entièrement d'origine législative. Je crois en fait que les obligations contradictoires considérées en l'espèce sont beaucoup plus préoccupantes que dans les affaires *Cooper* ou *Edwards* où l'intérêt de la victime éventuelle pouvait, du moins dans certains cas, être concilié avec celui du public. Après tout, il pourrait être dans l'intérêt des investisseurs en général et de l'investisseur en cause qu'il soit mis fin aux activités de certains courtiers en hypothèques peu scrupuleux. En revanche, comme je l'ai expliqué, il n'est *jamais* dans l'intérêt du suspect d'être soumis à une enquête policière. Il s'ensuit encore une fois que l'intérêt public servi par l'enquête criminelle s'oppose en soi diamétralement à l'intérêt du suspect.

Des tribunaux étrangers ont vu dans cette opposition des intérêts en jeu un motif suffisant de ne pas imposer d'obligation de diligence. L'existence d'une telle obligation envers les suspects a été jugée incompatible avec le devoir du policier de mener une enquête complète. Par exemple, les tribunaux australiens ont conclu que l'imposition d'une obligation de diligence envers une personne sous

whose conduct is under investigation would conflict with and constrain the proper performance of the police officers' duty to fully investigate the conduct in question: see *Tame v. New South Wales*, at paras. 231 and 298-99; *Gruber v. Backhouse*, at paras. 29-30 and 35-39. Similarly, in England, the House of Lords has refused to extend the duty of care on the basis of a conflict with the "fearless and efficient discharge by police officers of their vitally important public duty of investigating crime": *Calveley v. Chief Constable of the Merseyside Police*, at p. 1030; see also *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, at pp. 240-41; *Brooks v. Commissioner of Police of the Metropolis*, at para. 30.

To sum up: in my view, although in the present case there is foreseeability of harm, there remains a lack of proximity. Consequently, I would conclude on the ground of lack of proximity alone that the relationship between the investigating officer and the suspect does not give rise to a *prima facie* duty of care. However, even if some degree of proximity were found, and even if this degree of proximity were held to be sufficient to give rise to a *prima facie* duty of care, it is my position that a consideration of additional policy considerations would militate against the recognition of such a duty. This takes us to the second stage of the *Anns* test.

2.5 *Residual Policy Considerations*

2.5.1 Potential Impact on the Exercise of Police Discretion

It is at the second stage of the *Anns* test that so-called residual policy considerations fall to be considered. At this stage we are "not concerned with the relationship between the parties, but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally" (*Cooper*, at para. 37; see also *Edwards*, at para. 10). I begin my analysis of the residual policy considerations with the question of police discretion since discussion of this factor is more closely related to the issue of conflicting duties we have just discussed. McLachlin C.J. finds that the discretion inherent in police work fails to provide a convincing reason to negate the proposed duty of care

enquête s'opposerait et nuirait au bon accomplissement du devoir du policier de faire une enquête exhaustive : voir *Tame c. New South Wales*, par. 231 et 298-299; *Gruber c. Backhouse*, par. 29-30 et 35-39. De même, en Angleterre, la Chambre des lords a refusé d'imposer l'obligation de diligence, la jugeant incompatible avec [TRADUCTION] « l'exécution sûre et efficace du devoir du policier d'enquêter sur les crimes, un devoir d'une importance capitale pour le public » : *Calveley c. Chief Constable of the Merseyside Police*, p. 1030; voir aussi *Hill c. Chief Constable of West Yorkshire*, p. 240-241; *Brooks c. Commissioner of Police of the Metropolis*, par. 30.

148 En résumé, malgré la prévisibilité du préjudice en l'espèce, le lien de proximité demeure absent. Je conclus donc, pour ce seul motif, que le lien entre le policier enquêteur et le suspect ne fait pas naître une obligation de diligence *prima facie*. Toutefois, même si l'on concluait à l'existence d'un certain degré de proximité et l'on estimait que ce degré de proximité suffit à faire naître une obligation de diligence *prima facie*, d'autres considérations de politique générale militeraient contre la reconnaissance de cette obligation. Ce qui nous amène au deuxième volet du critère de l'arrêt *Anns*.

2.5 *Autres considérations de politique générale*

2.5.1 Répercussions possibles sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du policier

149 C'est à la deuxième étape de l'analyse de l'arrêt *Anns* qu'il convient d'examiner les autres considérations de politique générale. À cette étape, l'examen « ne port[e] pas sur le lien existant entre les parties, mais sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général » (*Cooper*, par. 37; voir aussi *Edwards*, par. 10). Je me penche d'abord sur le pouvoir discrétionnaire du policier, cette autre considération de politique générale étant plus intimement liée aux obligations contradictoires dont j'ai fait état précédemment. La juge en chef McLachlin estime que le pouvoir discrétionnaire inhérent au

because, in her view, it is a factor to be "taken into account in formulating the *standard* of care, not whether a duty of care arises" (para. 51 (emphasis in original)). I disagree. The concern about police discretion in this context is not whether courts will be able to properly distinguish between mere errors of judgment and negligent acts. Police discretion is a significant factor because the police have the discretionary power not to investigate further or engage the criminal process despite the existence of reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed. A concern therefore arises from the fact that, should this Court recognize a private duty of care owed to the suspect under investigation, this power could be exercised, not to advance the public interest as it should be, but out of a fear of civil liability.

travail policier ne constitue pas un motif convaincant d'écarter l'obligation de diligence proposée, car ce facteur « doit être pris en considération pour formuler la *norme* de diligence, et non pour déterminer s'il y a ou non une obligation de diligence » (par. 51 (en italique dans l'original)). Je ne suis pas d'accord. La question n'est pas celle de savoir si les tribunaux pourront faire la différence entre une simple erreur de jugement et un acte de négligence. Le pouvoir discrétionnaire du policier est un facteur important parce que son exercice peut mener à la décision de ne pas poursuivre l'enquête ou de ne pas enclencher le processus pénal, malgré l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise. Il y a donc lieu de craindre, advenant que la Cour reconnaisse l'existence d'une obligation de diligence de droit privé envers le suspect sous enquête, que ce pouvoir soit exercé non pas dans l'intérêt public comme il se doit, mais dans le dessein de se soustraire à la responsabilité civile.

150 The police discretionary power has been recognized by this Court as "an essential feature of the criminal justice system": *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 410. As stated by La Forest J. in that case: "A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid." Equally important, however, is the need to properly circumscribe this power so that it be exercised solely in the *public interest*. This issue arose recently in *R. v. Beaudry*, [2007] 1 S.C.R. 190, 2007 SCC 5. This Court recognized that the police officer's duty to enforce the law and investigate crimes is not absolute and is subject to the exercise of discretion. "Thus, a police officer who has reasonable grounds to believe that an offence has been committed, or that a more thorough investigation might produce evidence that could form the basis of a criminal charge, may exercise his or her discretion to decide not to engage the judicial process" (para. 37). The Court was quick to add, however, that the discretionary power itself is not absolute and stated that "[f]ar from having *carte blanche*, police officers must justify their decisions rationally." The exercise of the discretion must first be justified subjectively: it must have been exercised honestly and

Dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, la Cour a reconnu que le pouvoir discrétionnaire du policier est « une caractéristique essentielle de la justice criminelle » (p. 410). Le juge La Forest a ajouté : « Un système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner. » Or, il est tout aussi important de bien circonscrire ce pouvoir afin qu'il ne soit exercé que dans *l'intérêt public*. La Cour a récemment abordé la question dans l'arrêt *R. c. Beaudry*, [2007] 1 R.C.S. 190, 2007 CSC 5. Elle a reconnu que le devoir du policier d'appliquer la loi et d'enquêter sur les crimes n'est pas absolu et qu'il est fonction de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. « Ainsi, l'agent de police qui a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise ou qu'une enquête plus approfondie permettrait d'obtenir des éléments de preuve susceptibles de mener au dépôt d'accusations pénales, peut exercer son pouvoir discrétionnaire et décider de ne pas emprunter la voie judiciaire » (par. 37). La Cour s'est cependant empressée d'ajouter que le pouvoir discrétionnaire lui-même n'est pas absolu et que « [l]e policier est loin d'avoir carte blanche et doit justifier rationnellement sa décision. »

transparently, and on the basis of valid and reasonable grounds. In addition, the exercise of discretion must also be justified on the basis of objective factors.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire doit d'abord être justifié subjectivement — il doit être honnête et transparent et reposer sur des motifs valables et raisonnables. En outre, il doit être justifié au regard de critères objectifs.

At first blush, it may be thought that the imposition of a private duty of care to the suspect and the consequent potential for civil liability should give rise to no concern about the improper exercise of police discretion. Just as a decision based on favouritism, or on cultural, social or racial stereotypes, cannot constitute a proper exercise of police discretion, so would a police officer be precluded from deciding not to engage the criminal law process simply to avoid potential civil liability. Again, however, I am not persuaded that we can so easily disregard the potential legal and societal ramifications of imposing on police such a duty. 151

À première vue, on peut penser que l'imposition d'une obligation de diligence de droit privé envers le suspect et la responsabilité civile qu'elle est susceptible d'engager ne devraient pas faire craindre l'exercice illégitime du pouvoir discrétionnaire du policier. Tout comme il ne saurait le faire en prenant une décision fondée sur le favoritisme ou sur des stéréotypes culturels, sociaux ou raciaux, le policier ne saurait exercer légitimement son pouvoir discrétionnaire s'il renonce à enclencher le processus pénal seulement pour se soustraire à sa responsabilité civile éventuelle. Mais de nouveau, je ne suis pas convaincue que nous puissions si facilement faire abstraction des conséquences juridiques et sociales possibles de l'imposition au policier d'une telle obligation.

If this Court accepts Mr. Hill's argument, the investigating officer will be *legally bound*, not only to fulfill his or her public duty to enforce the law, but also to take care not to harm the suspect by conduct that may ultimately be found to fall below the relevant standard of care. The law should not impose a duty unless it expects that it will be fulfilled. Of course, the surest way of avoiding harm to the suspect is for the officer to decide to not issue process and not engage the criminal law; in other words, in order to reconcile the conflicting duties imposed by law, the police officer may well choose to avoid any risk of harm to the suspect by the exercise of "police discretion". Since there is a significant gap between the "reasonable and probable grounds" standard to issue process and the "beyond a reasonable doubt" standard to convict, the prudent officer who tries to reconcile his public duty to enforce the law and his private duty not to harm the innocent suspect may be well advised not to issue process except in cases where the evidence is overwhelming. How then would we distinguish between a proper exercise of discretion based on a police officer's desire to fulfill his legal duty of care to the suspect and an improper one 152

Si la Cour fait droit à la prétention de M. Hill, le policier enquêteur sera non seulement *tenu légalement* d'accomplir son devoir public d'appliquer la loi, mais il devra également se garder de causer un préjudice au suspect en prenant une mesure qui pourrait ultimement être jugée non conforme à la norme de diligence applicable. Le droit ne doit imposer une obligation que si l'on escompte qu'elle sera respectée. Évidemment, le moyen le plus sûr pour le policier d'éviter tout préjudice au suspect est de ne pas engager la procédure pénale. En d'autres termes, pour concilier ses obligations légales contradictoires, le policier pourrait bien décider d'écarter tout risque d'infliger un préjudice au suspect en exerçant son « pouvoir discrétionnaire ». Vu l'écart important entre les « motifs raisonnables et probables » exigés pour l'enclenchement du processus pénal et la preuve « hors de tout doute raisonnable » requise pour la déclaration de culpabilité, le policier prudent qui tente de concilier son devoir public d'appliquer la loi et son obligation privée de ne causer aucun préjudice au suspect innocent serait peut-être bien avisé de n'enclencher le processus pénal que si la preuve est accablante. Comment pourrions-nous

based on the selfish desire to avoid potential civil liability?

153 There is significant public interest in maintaining the long-standing reasonable and probable grounds standard so as to ensure a robust and efficient enforcement of the law. Once this standard is met, it is left to others within the criminal justice system, namely the Crown prosecutor, the preliminary hearing justice, and the ultimate finder of fact, to delve more deeply into the legal and factual merits of a case. As this Court has recognized in *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, at pp. 249-50, the reasonable and probable grounds standard achieves a reasonable balance between the individual's right to liberty and the need for society to be protected from crime. In my view, because the imposition of a private duty of care as suggested in this case could only impede the police officers' ability to perform their public duties fearlessly and with despatch, it would detrimentally upset this delicate balance.

2.5.2 Identifying the Wrongfully Convicted for the Purpose of Compensation

154 As stated earlier, Mr. Hill urges this Court to bring "[t]he law of negligence . . . to bear on the problem of wrongful convictions" by recognizing a new tort of negligent investigation. McLachlin C.J. accepts his plea and, in fact, relies on the need to compensate the wrongfully convicted as an important factor in support of finding a duty of care (paras. 36-37). It is noteworthy that the proposed tort would also provide recourse to targeted suspects who, short of being convicted, suffer a loss or injury as a result of a negligent investigation. Indeed, from the plaintiff's viewpoint, it makes little sense to limit the right of action to cases of wrongful conviction. In the context of an action for negligent investigation, the difference between a negligent investigative process that results in a

alors distinguer entre l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire fondé sur la volonté du policier de s'acquitter de son obligation légale de diligence envers le suspect et celui, illégitime, fondé sur l'intérêt personnel d'échapper à toute responsabilité civile?

Il est nettement dans l'intérêt public de conserver la norme des motifs raisonnables et probables établie de longue date, car elle garantit l'application rigoureuse et efficace de la loi. Une fois cette norme respectée, il appartient aux autres acteurs du système de justice criminelle, à savoir le procureur de la Couronne, le juge présidant l'enquête préliminaire et le juge des faits, d'examiner plus avant le bien-fondé juridique et factuel d'une accusation. Comme la Cour l'a reconnu dans l'arrêt *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, la norme des motifs raisonnables et probables établit un équilibre raisonnable entre le droit individuel à la liberté et la nécessité de protéger la société contre le crime (p. 249-250). Étant donné que l'obligation de diligence de droit privé proposée en l'espèce ne pourrait qu'empêcher les policiers d'accomplir leurs devoirs publics avec assurance et célérité, j'estime qu'elle romprait ce subtil équilibre.

2.5.2 Identification, aux fins d'indemnisation, des personnes déclarées coupables à tort d'un crime

Je le répète, M. Hill invite la Cour à faire en sorte que [TRADUCTION] « [l]e droit de la négligence [. . .] s'attaque au problème de la déclaration de culpabilité injustifiée » et reconnaisse un nouveau délit, celui d'enquête négligente. La juge en chef McLachlin fait droit à sa demande et considère en fait que la nécessité d'indemniser les personnes déclarées coupables à tort d'un crime est un facteur important qui milite en faveur d'une obligation de diligence (par. 36-37). Il importe de signaler que le délit proposé offrirait également un recours au suspect qui, sans être reconnu coupable, subit une perte ou un préjudice à cause d'une enquête négligente. En effet, du point de vue du demandeur, il n'est guère logique de n'accorder un droit d'action qu'en cas de déclaration de

conviction and one that is terminated at an earlier point would seem to go only to the question of the quantum of damages.

Mr. Hill relies on his ultimate acquittal in support of his claim that the losses he suffered as a result of being subjected to the criminal justice system should be compensable at law. The Crown disputes the notion that this is a case about providing a remedy for the wrongfully convicted, and states the following (factum, at para. 6):

> This case is not about preventing wrongful convictions. Wrongfully convicted persons would constitute only a tiny sub-set of the class who would be in a position to sue for negligent investigation (the largest sub-set being those who are acquitted at trial or against whom charges are dropped before trial). Even amongst the wrongfully convicted, few would be able to establish that negligent police investigation caused their conviction.

No one is disputing the validity of Mr. Hill's acquittal. However, the distinction between an acquittal and a finding of innocence must be considered in assessing the potential ramifications of recognizing a tort of negligent investigation. The difficulty arises from the fact that our criminal justice system is not focussed on identifying the innocent. The verdict in a criminal case is guilty or not guilty. A verdict of not guilty is not a factual finding of innocence; neither is an order on appeal overturning a conviction. A verdict of not guilty encompasses a broad range of circumstances, from factual innocence to proof just short of beyond a reasonable doubt. That reality about our criminal justice system raises difficult questions of public policy when it comes time to consider the issue of compensation. Should compensation be reserved to those accused who are factually innocent of the crime with which they were charged or convicted? If so, how should factual innocence be determined? The question whether *any* inquiry should be made into the "true" status of the acquitted person is itself

culpabilité injustifiée. Dans le cadre d'une action pour enquête négligente, la différence entre une enquête bâclée qui débouche sur une déclaration de culpabilité et une autre qui tourne court semble résider que dans le montant de l'indemnité susceptible d'être obtenue.

155 Fort de son acquittement, M. Hill prétend qu'il devrait être indemnisé du préjudice infligé par le système de justice criminelle. Le ministère public conteste que le délit proposé en l'espèce offre un recours aux personnes déclarées coupables à tort d'un crime et il fait valoir ce qui suit (mémoire, par. 6) :

> [TRADUCTION] Il ne s'agit pas d'empêcher les déclarations de culpabilité injustifiées. Les personnes déclarées coupables à tort d'un crime ne représenteraient qu'une infime partie de celles qui pourraient poursuivre pour enquête négligente (la plus grande partie étant composée de celles qui sont acquittées au procès ou contre qui les accusations sont abandonnées avant). Même parmi les personnes reconnues coupables à tort d'un crime, rares sont celles qui pourraient établir que la déclaration de culpabilité injustifiée résulte d'une enquête policière bâclée.

156 Nul ne conteste la validité de l'acquittement de M. Hill. Or, la différence entre un acquittement et une déclaration d'innocence doit être prise en compte dans l'appréciation des répercussions possibles de la reconnaissance d'un délit d'enquête négligente. Le problème tient au fait que notre système de justice criminelle n'est pas axé sur la détermination de l'innocence. Dans une instance criminelle, l'accusé est déclaré coupable ou non coupable. Tout comme l'annulation de la déclaration de culpabilité en appel, le verdict de non-culpabilité n'équivaut pas à une déclaration d'innocence réelle. Un verdict de non-culpabilité peut être rendu dans nombre de situations allant de l'innocence réelle à la présentation d'une preuve qui, de justesse, n'établit pas la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cette réalité de notre système de justice criminelle soulève d'épineuses questions d'intérêt public lorsqu'on envisage une indemnisation. Le droit à une indemnité ne devrait-il pas être accordé qu'à l'accusé qui est réellement innocent du crime pour lequel il a été inculpé ou reconnu coupable? Dans

rather controversial. The controversy, in a nutshell, can be described as follows.

157 On the one hand, a compelling argument can be made that a not guilty verdict should be considered as a determination of innocence for all purposes, including compensation. Under this first approach, all persons charged with a criminal offence who are ultimately found not guilty could fall in the category of potential plaintiffs. The most powerful argument in support of this approach is that any qualification of the verdict of acquittal would in effect introduce the third verdict of "not proven" which has not been accepted in our criminal justice system. The introduction of such a "Scotch verdict" would create a lingering cloud over those persons who have been found not guilty or in respect of whom the criminal process was terminated but whose innocence has not been conclusively ascertained. Professor H. A. Kaiser, in the context of discussing possible statutory compensation schemes, explains the rationale for having a more inclusive compensatory approach in his article "Wrongful Conviction and Imprisonment: Towards an End to the Compensatory Obstacle Course" (1989), 9 *Windsor Y.B. Access Just.* 96, as follows (at p. 139):

> It is argued that persons who have been wrongfully convicted and imprisoned are *ipso facto* victims of a miscarriage of justice and should be entitled to be compensated. To maintain otherwise introduces the third verdict of "not proved" or "still culpable" under the guise of a compensatory scheme, supposedly requiring higher threshold standards than are necessary for a mere acquittal. As Professor MacKinnon forcefully maintains [in his article "Costs and Compensation for the Innocent Accused" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 489, at pp. 497-98]:
>
> > . . . one who is acquitted or discharged is innocent in the eyes of the law and the sights of the rest of us should not be set any lower. . . . There is a powerful social interest in seeing acquitted persons do no worse than to be restored to the lives they had before they were prosecuted.

l'affirmative, comment l'innocence réelle devrait-elle être établie? La question de savoir si la personne acquittée devrait faire l'objet de *quelque* enquête quant à sa situation « véritable » est elle-même matière à débats. Le débat peut se résumer de la façon suivante.

D'aucuns font valoir avec persuasion qu'un verdict de non-culpabilité doit être considéré comme une déclaration d'innocence à tous égards, y compris pour les besoins de l'indemnisation. Selon eux, tous ceux qui sont en fin de compte déclarés non coupables de l'infraction criminelle dont ils étaient accusés pourraient entrer dans la catégorie des demandeurs possibles. Leur argument le plus percutant est que toute nuance apportée au verdict d'acquittement aurait pour effet d'introduire un troisième verdict, celui de « culpabilité non prouvée », qui n'a pas été retenu dans notre système de justice criminelle. L'introduction d'un tel « verdict à l'écossaise » ferait subsister un doute à l'égard des personnes reconnues non coupables ou dont l'innocence n'a pas été établie de manière concluante après l'abandon des procédures. Dans son exposé intitulé « Wrongful Conviction and Imprisonment : Towards an End to the Compensatory Obstacle Course » (1989), 9 *Windsor Y.B. Access Just.* 96, se penchant sur d'éventuels régimes légaux d'indemnisation, le professeur H. A. Kaiser explique comme suit la raison d'être d'un droit plus étendu à l'indemnisation (p. 139) :

> [TRADUCTION] On fait valoir que les personnes qui ont été déclarées coupables et emprisonnées à tort sont *ipso facto* victimes d'erreur judiciaire et devraient avoir droit à une indemnité. Prétendre le contraire introduit le troisième verdict de « culpabilité non prouvée » ou de « personne toujours coupable » sous le couvert d'un régime d'indemnisation, lequel impose apparemment des normes plus strictes que celles applicables pour un simple acquittement. Comme le soutient vigoureusement le professeur MacKinnon [dans son article intitulé « Costs and Compensation for the Innocent Accused » (1988), 67 *R. du B. can.* 489, p. 497-498] :
>
> > . . . celui qui est acquitté ou absous est innocent aux yeux de la loi et il n'y a pas lieu de le considérer comme étant moins innocent [. . .] La société a grandement intérêt à ce que la personne acquittée se voit à tout le moins rétablie dans sa situation antérieure à la poursuite.

On the other hand, an equally compelling argument can be made that any compensation regime that is not limited to the "factually innocent" is unacceptable because it would provide the persons who have in fact committed the offence, but whose guilt could not be proven, with a possible means of profiting from the commission of their crime. Under the federal-provincial *Guidelines: Compensation for Wrongfully Convicted and Imprisoned Persons* (agreed to and adopted by federal and provincial justice ministers in March 1988), a clear distinction is made between a finding of not guilty and a finding of innocence for the purpose of compensation. The following was added to the listed prerequisites for eligibility for compensation:

As compensation should only be granted to those persons who did not commit the crime for which they were convicted, (as opposed to persons who are found not guilty) a further criteria would require:

a) If a pardon is granted under Section 683 [of the *Criminal Code*], a statement on the face of the pardon based on an investigation, that the individual did not commit the offence; or

b) If a reference is made by the Minister of Justice under Section 617(b), a statement by the Appellate Court, in response to a question asked by the Minister of Justice pursuant to Section 617(c), to the effect that the person did not commit the offence. [Emphasis added.]

The Chief Justice alludes to this concern when she stresses, at para. 64, that any suspect suing the police "bears the burden of showing that police negligence in the course of an investigation caused harm compensable at law" and that "[e]vidence going to the factual guilt or innocence of the suspect, including the results of any criminal proceedings that may have occurred, may be relevant to this causation inquiry." My colleague takes the position, however, that "[i]t is not necessary to decide here whether an acquittal should be treated as conclusive proof of innocence in a subsequent civil trial" (para. 64). While it is perhaps not necessary in order to dispose of this appeal to decide whether an acquittal should be treated as conclusive proof of innocence, it will certainly be necessary to do so in the next tort action where the

158 D'autres font valoir de manière tout aussi persuasive qu'un régime d'indemnisation qui ne bénéficie pas qu'à celui qui est « réellement innocent » est inacceptable en ce qu'il permet à celui qui a effectivement commis une infraction, mais dont la culpabilité n'a pas été établie, de profiter de son crime. Les *Lignes directrices d'indemnisation des personnes condamnées et emprisonnées à tort* (adoptées par les ministres de la justice fédéral et provinciaux en mars 1988) établissent, pour les besoins de l'indemnisation, une distinction claire entre un verdict de non-culpabilité et une déclaration d'innocence. Les exigences suivantes ont été ajoutées à la liste des conditions d'admissibilité à l'indemnisation :

Puisque l'indemnisation ne devrait être accordée qu'aux personnes qui n'ont pas commis le crime [dont] elles ont été [déclarées coupables] (par opposition aux personnes jugées non coupables), un autre critère devrait également s'appliquer :

a. Un pardon accordé en vertu de l'article 683 [du *Code criminel*] devrait comporter une déclaration, fondée sur une enquête, portant que la personne en cause n'a pas commis l'infraction; ou

b. Dans le cas d'un renvoi par le ministre de la Justice en vertu de l'alinéa 617(b), la cour d'appel devrait déclarer, en réponse à une question posée par le ministre de la Justice sous l'empire de l'alinéa 617(c), que la personne en cause n'a pas commis l'infraction. [Je souligne.]

159 La Juge en chef fait allusion à la difficulté lorsqu'elle précise que le suspect qui poursuit la police « doit établir que la négligence dont celle-ci a fait preuve dans son enquête lui a causé un préjudice indemnisable en droit » et que « [l]a preuve relative à la culpabilité ou à l'innocence réelle du suspect, y compris les conclusions de toute instance criminelle, peut être prise en compte pour déterminer le lien de causalité. » Elle estime cependant qu'« [i]l n'est pas nécessaire de décider en l'espèce si l'acquittement doit être considéré comme une preuve d'innocence concluante pour les besoins d'une instance civile » (par. 64). Ce n'est peut-être pas nécessaire pour statuer sur le présent pourvoi, mais ce le sera certainement pour les besoins de l'action en responsabilité délictuelle si le demandeur prouve que la police a fait preuve

plaintiff succeeds in proving negligence in the conduct of a police investigation. These are precisely the sorts of ramifications that must be considered at the second stage of the *Anns* test. The question I ask, therefore, is the following: how are we to distinguish between treatment that is "rightfully imposed by the law" and treatment that is "wrongful" for the purpose of compensation? If we adopt the first approach described earlier, namely that an acquittal should be regarded as the equivalent of a finding of innocence for the purpose of compensation, this could have wide-ranging ramifications. For example, every suspect, who is charged with an offence but who is not convicted because the criminal justice system has worked the way it should, would become a potential plaintiff if he can show that the police conducted a substandard investigation. This result would follow regardless of whether the suspect has in fact committed the crime or not.

de négligence dans son enquête. Ce sont précisément les répercussions de ce genre qui doivent être prises en compte suivant le second volet du critère de l'arrêt *Anns*. La question que je pose alors est la suivante : comment allons-nous distinguer le traitement « imposé à bon droit par la loi » de celui qui l'est « à tort », pour les besoins de l'indemnisation? Donner raison à ceux qui prétendent que l'acquittement doit être assimilé à une déclaration d'innocence aux fins de l'indemnisation pourrait avoir des répercussions à bien des égards. Par exemple, tout suspect accusé d'une infraction, mais non reconnu coupable grâce au bon fonctionnement du système de justice criminelle, pourrait obtenir une indemnité s'il prouve que la police a bâclé son enquête, et ce, qu'il ait réellement commis le crime ou non.

160 The issue is most pertinent in the context of a proposed right of action where, as here, the alleged wrong is the conduct of a substandard police investigation. On the one hand, there is no question that negligent police investigation may contribute to the wrongful conviction of a person who did not commit the crime. Negligent mishandling of physical evidence may lead to erroneous forensic results. Careless or incomplete investigations may fail to yield evidence that would have exonerated the accused or raised a reasonable doubt about his guilt. On the other hand, a negligent investigation will often be the effective cause of an acquittal — as indeed it should be in the criminal context. Numerous evidentiary and procedural safeguards are built in the criminal trial process to guard against wrongful convictions. Hence, evidence may be excluded or disregarded because improper investigative techniques were used in obtaining it. Or, a substandard investigation may yield insufficient evidence to support a conviction, even though the evidence may have been out there to be found.

Il y a d'autant plus lieu de s'interroger dans le cas du droit d'action proposé en l'espèce que la faute consisterait dans le non-respect de la norme applicable à l'enquête policière. D'une part, il ne fait aucun doute qu'une enquête policière bâclée peut contribuer à ce qu'une personne qui n'a pas commis le crime en soit reconnue coupable à tort. La manipulation négligente des éléments de preuve matérielle peut fausser les conclusions des experts en criminalistique. Une enquête bâclée ou incomplète peut nuire à la découverte d'éléments de preuve qui auraient permis d'exonérer l'accusé ou de soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité. D'autre part, la négligence des enquêteurs sera souvent la cause véritable de l'acquittement, ce verdict s'imposant alors dans le contexte pénal. Le procès criminel offre au chapitre de la procédure et de la preuve de nombreuses garanties contre la déclaration de culpabilité injustifiée. Partant, certains éléments de preuve peuvent être écartés ou ne pas être pris en compte parce qu'ils ont été obtenus au moyen de méthodes d'enquête irrégulières. De même, l'enquêteur négligent peut ne pas recueillir les éléments de preuve requis pour justifier une déclaration de culpabilité, même s'ils existent bel et bien.

161 It is a principle of fundamental justice that the accused in a criminal trial be given the benefit of

Un principe de justice fondamentale veut que, lors du procès, l'accusé ait droit au bénéfice du doute

any reasonable doubt. Therefore, from a criminal law perspective, there is no question that an acquittal must be regarded as tantamount to a finding of innocence. However, in the context of a tort action, we must come to terms with the reality that the person who committed the offence may well stand to *benefit* rather than lose from a botched-up investigation. The true victim in such cases is not the suspect but the public at large. Should the successful accused who actually committed the offence be entitled to use the acquittal brought about by the negligent conduct of police investigators as a basis to claim compensation? A simple example may assist in understanding how this difficulty may easily arise and why it cannot simply be resolved by a careful tailoring of the appropriate standard of care.

Let us assume that a complainant is the victim of a brutal sexual assault. The perpetrator is unknown to her. However, she provides a detailed description to the police which leads them to pick from police files a photo of a suspect matching her description. The complainant is shown the single photo and she positively identifies the person in the photo as her assailant. Fearing the assailant may strike again, the police quickly apprehend the suspect. The police later arrange for a physical lineup comprised of several persons, including the suspect in the photo. The other persons in the lineup bear questionable resemblance to the suspect. The complainant views the lineup, and again identifies the suspect as her assailant. The suspect is charged. As it turns out at trial, there is little else connecting the suspect to the crime, and the case for the prosecution essentially turns on the complainant's eyewitness identification. The complainant is firm in her identification of the accused at trial. However, because of the inherent frailties of eyewitness identification and the risk that the identification made by the complainant may have been tainted by the improper police techniques adopted in this case, the trial judge concludes that he cannot be satisfied beyond a reasonable doubt of the guilt of the accused. The accused is acquitted.

The accused commences a civil action in negligence against the police alleging that the improper

raisonnable. Ainsi, pour ce qui est de la responsabilité criminelle, l'acquittement doit assurément être considéré comme l'équivalent d'une déclaration d'innocence. Cependant, pour ce qui est de la responsabilité délictuelle, il nous faut reconnaître qu'une personne ayant commis une infraction pourrait bien *bénéficier* du bâclage d'une enquête plutôt que d'en subir un préjudice. En pareil cas, la véritable victime n'est pas le suspect, mais la société en général. L'accusé qui a réellement commis l'infraction devrait-il pouvoir invoquer son acquittement — imputable à la négligence des enquêteurs — pour obtenir réparation? Un simple exemple suffit à montrer que la difficulté pourrait fort bien se présenter et qu'on ne saurait y remédier seulement en délimitant avec soin la norme de diligence applicable.

162 Supposons le cas d'une femme victime d'une agression sexuelle brutale. Elle ne connaît pas l'identité de l'agresseur. Elle fournit toutefois une description détaillée qui permet aux policiers de repérer dans leurs fichiers la photo d'un suspect répondant au signalement. Ils ne montrent que cette photo à la victime, qui reconnaît formellement son agresseur. Craignant d'autres agressions, les policiers s'empressent d'arrêter le suspect. Ils organisent ensuite une séance d'identification à laquelle participent plusieurs personnes, dont le suspect de la photo. La ressemblance des autres participants avec le suspect est discutable. La plaignante observe les participants et confirme que le suspect est son agresseur, qui est alors inculpé. Au procès, il appert que peu d'éléments relient par ailleurs le suspect au crime et que la preuve de la poursuite repose essentiellement sur le témoignage de la plaignante, laquelle maintient que l'accusé est son agresseur. Or, vu la faiblesse inhérente de la preuve par témoin oculaire et le risque que l'identification de l'accusé par la plaignante ait été viciée par le procédé inadéquat employé par les policiers, le juge du procès se dit non convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé et l'acquitte.

163 L'accusé intente au civil une action pour négligence, alléguant que les policiers ont eu recours

identification techniques caused the complainant to wrongfully identify him as the perpetrator which, in turn, led to his wrongful arrest and prosecution. He claims damages for loss of reputation, nervous shock, and the legal expenses he incurred in defending himself against the charge.

164 In defence of the claim, the defendant proposes to call the complainant to identify the plaintiff as her assailant. The defendant argues that any negligent conduct on his part did not cause the harm. Rather, the plaintiff's own conduct in committing the sexual assault occasioned his loss. The defendant argues further that, even if causation is proven, none of the damages should be compensable at law unless the plaintiff proves that he did not in fact commit the offence.

165 How is the civil claim to be adjudicated? Is the acquittal to be considered as the legal equivalent of factual innocence in the civil trial thereby precluding the defendant from advancing this line of defence? If that approach is adopted, the action in negligence is easily made out. The duty of care would exist as a matter of law. The breach of standard is proven because, quite clearly, the identification techniques fell below acceptable standards. The causal link is inevitably made out because, if the plaintiff must be regarded as innocent of the crime, one can only conclude that it is the negligent conduct of the police that caused the complainant to wrongfully identify him as her assailant, which identification in turn caused him to be subjected to the entire criminal process. Upon proof of his loss, the plaintiff is assured of compensation. This result appears entirely just, if the plaintiff in fact is not the person who assaulted the complainant. On the other hand, if he is in fact the assailant, many would view it as unthinkable that his loss should be regarded as compensable at law, given that the true victim who was harmed as a result of the police officer's substandard conduct was society, not the plaintiff.

166 Adopting the second approach, according to which a finding of not guilty is distinguished from factual innocence, could also bring about undesirable results if the plaintiff did not in fact commit the

à des méthodes d'identification inadéquates ayant amené la plaignante à l'identifier à tort comme étant l'auteur du crime, d'où son arrestation et son inculpation injustifiées. Il réclame des dommages-intérêts pour atteinte à sa réputation, choc nerveux et frais de défense en justice.

Le défendeur propose d'assigner la plaignante pour qu'elle témoigne que le demandeur est son agresseur. Il soutient que le préjudice n'a pas été causé par sa négligence et que seul le demandeur est à blâmer parce qu'il a commis l'agression sexuelle. Il ajoute que même si le lien de causalité est établi, le préjudice allégué n'est indemnisable en droit que si le demandeur prouve qu'il n'a pas réellement commis l'infraction.

Comment devrait-on statuer au civil? Pour les besoins de l'instance civile, l'acquittement devrait-il être considéré comme l'équivalent juridique de l'innocence réelle, de sorte que le défendeur ne puisse invoquer la différence entre les deux? Dans l'affirmative, le bien-fondé de l'action pour négligence serait établi facilement et l'obligation de diligence serait reconnue en droit. Le non-respect de la norme serait prouvé du fait que la méthode d'identification employée n'était manifestement pas à la hauteur. Le lien de causalité serait forcément établi, car s'il faut considérer que le demandeur n'a pas commis le crime, la seule conclusion possible est que, par sa négligence, le policier a amené la plaignante à identifier à tort le demandeur comme étant son agresseur et fait en sorte que celui-ci soit soumis à chacune des étapes du processus pénal. S'il prouve le préjudice subi, le demandeur est assuré d'une indemnité. Ce dénouement paraît tout à fait juste dans la mesure où le demandeur n'est pas le véritable agresseur. Par contre, s'il l'est, de nombreuses voix pourraient s'élever contre l'indemnisation du préjudice, la véritable victime de la négligence du policier étant la société, et non le demandeur.

La seconde thèse, suivant laquelle le verdict de non-culpabilité diffère de l'innocence réelle, peut aussi mener à un résultat non souhaitable lorsque le demandeur n'a pas réellement commis le

crime with which he was charged. If the acquittal is not conclusive of factual innocence, the plaintiff, who bears the burden of proving his claim on a balance of probabilities, would have to prove that he is not the assailant in order to succeed in his civil action. Meeting this burden may prove impossible to do. It also seems unjust that, having already been acquitted, he should be put through this additional hurdle. It would also necessitate a retrial of the case which may well lead to conflicting findings and put an aura of suspicion on his acquittal.

Quite clearly, this Court would have to choose one approach or the other on the question of compensability of harm. Whichever approach is adopted, there may be unforeseen and undesirable ramifications in the criminal context. If the first approach is adopted, would triers of fact be less inclined to arrive at a verdict of not guilty on the basis of deficiencies in the police investigation, knowing that this result could give the accused the right to claim damages? Conversely, if the second approach is adopted and one branch of the law draws a distinction between a finding of not guilty and a finding of innocence, would this undermine the overall meaning of an acquittal? These are the sorts of residual policy considerations to which the tort of negligent investigation gives rise. In my view, they provide us with reasons to be cautious about imposing on police officers a novel duty of care towards suspects.

2.5.3 Competing Policy Concerns not Resolved by Defining the Standard of Care

The Court of Appeal was of the opinion that the policy concerns weighing against imposing a duty of care could be addressed by a "carefully tailored" standard of care (para. 70). The court went on however to simply adopt the standard of "the reasonable police officer in like circumstances" as the appropriate standard, adding: "In an arrest and prosecution context, the standard becomes more specific and is directly linked to statutory and common law duties, namely did the police have reasonable and

crime dont il a été accusé. Si l'acquittement n'établit pas l'innocence réelle, le demandeur, à qui il incombe de prouver le bien-fondé de sa demande selon la prépondérance des probabilités, devrait, pour avoir gain de cause au civil, prouver qu'il n'est pas l'agresseur. Il pourrait lui être impossible de le faire. De plus, comme il a déjà été acquitté, il paraît injuste d'exiger qu'il satisfasse à cette exigence supplémentaire. Un nouveau procès devrait également avoir lieu, ce qui pourrait bien donner lieu à des conclusions contradictoires et mettre en doute le bien-fondé de l'acquittement.

167 De toute évidence, la Cour devra adhérer à l'une ou l'autre des thèses avancées en ce qui concerne l'indemnisation du préjudice. Dans un cas comme dans l'autre, il pourra en résulter des effets imprévus et non souhaitables dans le contexte criminel. Si la première thèse est retenue, le juge des faits sera-t-il moins enclin à rendre un verdict de non-culpabilité fondé sur les irrégularités de l'enquête, sachant que cela est susceptible d'ouvrir droit à réparation? À l'inverse, si la seconde thèse l'emporte et que l'on établit, dans un domaine du droit, une distinction entre un verdict de non-culpabilité et une déclaration d'innocence, la portée générale de l'acquittement en sera-t-elle compromise? Voilà des exemples d'autres considérations de politique générale que soulève la création du délit d'enquête négligente. À mon avis, ces considérations appellent la prudence en ce qui concerne l'assujettissement du policier à une nouvelle obligation de diligence envers le suspect.

2.5.3 Définir la norme de diligence ne résout pas le problème des considérations de politique générale adverses

168 La Cour d'appel a jugé possible de remédier au problème des considérations de politique générale militant contre l'imposition d'une obligation de diligence en [TRADUCTION] « délimitant avec soin » la norme de diligence applicable (par. 70). Elle s'est toutefois contentée d'adopter la norme du « policier raisonnable placé dans la même situation ». Elle a ajouté que [TRADUCTION] « dans le contexte d'une arrestation et d'une poursuite, la norme devient plus précise et est directement liée aux obligations

probable grounds to believe that the plaintiff had committed a crime?" (para. 83). McLachlin C.J. agrees that this is the correct standard (para. 67).

169 With respect, I fail to see how the ordinary negligence standard, even if linked to the reasonable and probable grounds standard, can reconcile the conflicting standards at play. In my view, the usual negligence standard cannot easily co-exist with governing criminal standards. By way of illustration, I will refer, first, to the hypothetical fact situation I have just discussed and, second, to the analysis in the courts below in this case.

170 In the hypothetical example I have discussed earlier, the plaintiff's action in negligence against the police is based on the allegation that the improper identification techniques caused the complainant to wrongfully identify him as the perpetrator which, in turn, led to his wrongful arrest and prosecution. As I have stated earlier, I believe there is no question in this hypothetical example that the identification techniques used by the police fell below acceptable standards. By showing the complainant a single photo of a suspect and by constructing a lineup with stand-ins who bore questionable resemblance with the suspect, the police investigator clearly did not meet the standard of the reasonable police officer in like circumstances. Therefore, under the usual negligence paradigm, this breach of standard of care could well result in civil liability, presumably — if one accepts the plaintiff's argument on causation — for all the damages that flowed from the initiation of criminal proceedings and the process that followed.

171 The problem that arises, however, is that in focussing on the investigating officer's conduct and the civil standard of negligence, we easily lose sight of both the complainant's role and the criminal standard for initiating process. In this hypothetical example, it could not seriously be disputed,

découlant de la loi et de la common law : le policier avait-il des motifs raisonnables et probables de croire que le demandeur avait commis un crime? » (par. 83). La juge en chef McLachlin convient qu'il s'agit de la norme appropriée (par. 67).

En toute déférence, je ne vois pas comment la norme de négligence habituelle, même liée à la norme des motifs raisonnables et probables, peut concilier les normes contradictoires qui sont en jeu. À mon avis, la norme de négligence habituelle ne saurait coexister facilement avec les normes applicables en matière criminelle. Pour illustrer mon propos, je reviens d'abord sur la situation hypothétique examinée précédemment, puis je me penche sur l'analyse à laquelle se sont livrées les juridictions inférieures en l'espèce.

Dans le cas hypothétique exposé précédemment, l'action pour négligence intentée par le demandeur contre la police repose sur l'allégation selon laquelle le caractère inadéquat de la méthode d'identification employée aurait amené la plaignante à identifier à tort le demandeur comme étant l'auteur du crime, entraînant de ce fait son arrestation et son inculpation injustifiées. Comme je l'ai dit, je crois que dans ce cas fictif, la méthode d'identification employée par le policier était sans aucun doute inacceptable. En ne montrant à la plaignante que la seule photo du suspect et en faisant participer à la séance d'identification des hommes dont la ressemblance avec ce dernier était discutable, l'enquêteur n'a manifestement pas satisfait à la norme du policier raisonnable placé dans la même situation. Par conséquent, suivant la conception traditionnelle de la négligence, ce manquement à la norme de diligence pourrait vraisemblablement engager la responsabilité civile — s'il est fait droit à la prétention du demandeur quant au lien de causalité — pour tout préjudice causé par l'enclenchement et le déroulement du processus pénal.

Un problème se pose toutefois. En mettant l'accent sur la conduite du policier enquêteur et la norme de négligence en matière civile, nous perdons facilement de vue le rôle joué par le plaignant et la norme présidant à l'enclenchement du processus pénal. Dans ce cas hypothétique, nul ne saurait

from a criminal law standpoint, that the complainant's detailed description of her assailant as a person matching the suspect's appearance, together with her positive identification of the suspect as her assailant, amply meet the reasonable grounds standard for laying a criminal charge under s. 504 of the *Criminal Code*. Under s. 504, "[a]ny one who, on reasonable grounds, believes that a person has committed an indictable offence may lay an information" before a justice and where territorial jurisdiction is established, "the justice shall receive the information". Even if the police chose not to lay a charge, the complainant would be entitled to lay the information herself. It is further noteworthy that the complainant's identification evidence, potentially flawed as it may be (a matter to be determined at trial), would not only meet the standard to *lay* a charge, but would also meet the standard for *committal* at the preliminary hearing under s. 548(1)(*a*) of the *Criminal Code*.

contester sérieusement que sous l'angle du droit criminel, la correspondance du suspect à la description détaillée de l'agresseur par la plaignante et son identification formelle par celle-ci comme étant son agresseur constituaient bel et bien des motifs raisonnables de porter une accusation pour l'application de l'art. 504 du *Code criminel*. Aux termes de cette disposition, « [q]uiconque croit, pour des motifs raisonnables, qu'une personne a commis un acte criminel peut faire une dénonciation » devant un juge de paix et dans le ressort de ce dernier, et « [le juge de paix] doit recevoir la dénonciation ». Même si le policier décidait de ne pas porter d'accusation, la plaignante pourrait faire elle-même une dénonciation. Il convient en outre de signaler que la preuve d'identification par la plaignante, aussi viciée qu'elle soit (ce qui sera déterminé au procès), respecterait non seulement la norme applicable au *dépôt* d'une accusation, mais aussi la norme applicable au *renvoi à procès* lors de l'enquête préliminaire en application de l'al. 548(1)*a*) du *Code criminel*.

Similarly, it is instructive to consider how the negligence analysis played out in the courts below in this case. While all five members of the panel in the Court of Appeal for Ontario agreed on the standard to be applied, the court was divided on the application of that standard on the facts before them. Of particular relevance to the point I am making is how the criminal standard for initiating process all but gets lost in the negligence analysis. I will explain.

172 De même, il est intéressant de se pencher sur la manière dont l'analyse axée sur la négligence s'est déroulée en l'espèce devant les juridictions inférieures. Les cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario ont convenu de la norme applicable, mais non de son application aux faits. La norme applicable à l'enclenchement du processus pénal est pour ainsi dire occultée dans le cadre de cette analyse, et cela revêt une importance particulière pour mon propos. Je m'explique.

Much as in my hypothetical example, Mr. Hill's claim is based on alleged deficiencies in police identification techniques. In turn, he submits that these deficiencies led to his misidentification by witnesses, his wrongful arrest, and his conviction for the January 23, 1995 robbery. In particular, he alleges that the police failed to follow their own internal guidelines with respect to the presentation of photo lineups to witnesses and that the photo lineup of eleven Caucasians and one aboriginal person was structurally biased against him. In determining whether there was a breach of standard in this case, it therefore became incumbent upon the court to inquire whether the police, in

173 Tout comme dans mon exemple hypothétique, M. Hill allègue à l'appui de son action l'irrégularité de la méthode d'identification employée par les policiers. Il soutient que cette irrégularité a mené à son identification à tort par les témoins, à son arrestation injustifiée et à sa déclaration de culpabilité pour le vol qualifié commis le 23 janvier 1995. Il précise que les policiers ont dérogé à leurs propres lignes directrices internes sur la présentation de photos aux témoins et que la séance d'identification à partir des photos de onze Blancs et d'un Autochtone lui a été foncièrement défavorable. Pour déterminer s'il y a eu ou non violation de la norme applicable en l'espèce, il incombe donc au tribunal

using these identification techniques, met the "reasonable police officer in the same circumstances" standard. While all justices below proceeded with that analysis, they were divided on the result. The trial judge found that there was no breach of the standard ((2003), 66 O.R. (3d) 746), and this finding was upheld by three of the five justices in the Court of Appeal. The two dissenting justices were of the opinion that the identification techniques used by the police fell below this standard.

174 However, despite the Court of Appeal expressly acknowledging that, in an arrest and prosecution context, the ordinary negligence standard must be linked to the reasonable and probable grounds standard, none of the judges below considered the criminal standard for initiating process in their analysis. In other words, beyond inquiring into the identification techniques used by the police, none of the judges asked themselves whether the charges were nonetheless laid on the basis of reasonable and probable grounds. The latter standard, of course, is the one by which the police are governed in the conduct of their criminal investigation and, it is important to stress, it is in the public interest that it be maintained as the operative standard. As this Court has observed in *Storrey*, at pp. 249-50:

> The importance of this requirement [that police have reasonable grounds in order to affect an arrest] to citizens of a democracy is self-evident. Yet society also needs protection from crime. This need requires that there be a reasonable balance achieved between the individual's right to liberty and the need for society to be protected from crime. Thus the police need not establish more than reasonable and probable grounds for an arrest.

175 Therefore, if the civil standard for liability is to be "carefully tailored" so as to complement and not conflict with governing criminal standards, the presence of reasonable and probable grounds for laying the charge must constitute a bar to any civil liability. It cannot be sufficient for the plaintiff to show that identification techniques used by the police were substandard. Rather, it must be established that the identification process was so

de déterminer si, en recourant à cette méthode d'identification, le policier a satisfait à la norme du « policier raisonnable placé dans la même situation ». Tous les juges des juridictions inférieures se sont livrés à cette analyse, mais ils sont arrivés à des résultats différents. Le juge du procès a conclu au respect de la norme ((2003), 66 O.R. (3d) 746), et trois des cinq juges de la Cour d'appel lui ont donné raison. Les deux juges dissidents ont estimé que la méthode d'identification employée par le policier ne respectait pas la norme.

Toutefois, même si la Cour d'appel a expressément reconnu que dans le contexte d'une arrestation et d'une poursuite, la norme de négligence habituelle doit être liée à celle des motifs raisonnables et probables, aucun juge des juridictions inférieures n'a tenu compte de la norme applicable à l'enclenchement du processus pénal. Autrement dit, même s'ils se sont penchés sur la méthode d'identification employée par la police, aucun ne s'est demandé si les accusations reposaient néanmoins sur des motifs raisonnables et probables, la norme de preuve à laquelle est bien sûr assujetti le policier lors d'une enquête criminelle. Et il importe de souligner qu'il est dans l'intérêt public que cette norme demeure la norme applicable. La Cour a d'ailleurs fait observer dans l'arrêt *Storrey*, p. 249-250 :

> L'importance que revêt cette exigence [que les policiers aient des motifs raisonnables de procéder à une arrestation] pour les citoyens d'une démocratie se passe de démonstration. Mais la société a besoin également de protection contre le crime. Ce besoin commande l'établissement d'un équilibre raisonnable entre le droit des particuliers à la liberté et la nécessité de protéger la société contre le crime. C'est pourquoi il suffit que la police établisse l'existence de motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation.

Par conséquent, pour que la norme de diligence applicable en matière civile soit « délimitée avec soin » de manière à s'harmoniser avec les normes applicables en matière pénale au lieu de s'y opposer, l'existence de motifs raisonnables et probables pour porter une accusation doit faire obstacle à toute responsabilité civile. Il ne saurait suffire au demandeur de démontrer que la méthode d'identification employée par les policiers ne respectait pas

flawed that it *destroyed* the reasonable and probable grounds for laying the charge. It is only when this standard is met that the plaintiff can be said to have suffered, as McLachlin C.J. puts it "compensable damage that would not have occurred but for the police's negligent conduct" (para. 92).

MacPherson J.A. alluded to this notion that process would have issued in any event, not in his discussion on standard of care, but in considering the question of causation. He stated as follows (at para. 97):

> There is a complete answer, on the facts, to this submission [that the unfair line-up tainted the entire identification procedure]. The appellant was originally charged with ten robberies, one of which took place on January 23, 1995. Ultimately, he faced a trial in relation to only this robbery. The photo line-up that the appellant attacks was *not* part of the evidence concerning this robbery. Rather, the identification evidence about the January 23 robbery was the sighting by P.C. Stewart and the positive identification of the appellant by two bank tellers based on a newspaper photograph on their desks. It follows that there is no causal link between the photo line-up and the appellant's arrest, detention and trial on the charge relating to the January 23 robbery. He would have been arrested on January 27, detained and tried regardless of any negligence in preparing the photo line-up. However, because the trial judge addressed the photo line-up issue, I will also consider it on the merits. [Emphasis in original.]

The Chief Justice, it seems, also alludes to the fact that a charge may have been laid regardless of any substandard conduct when she observes (at para. 78): "Nor is it clear that if these incidents [i.e., the alleged negligent conduct] had not occurred, Hill would not have been charged and convicted." The question of reasonable and probable grounds obviously goes to causation, in the sense that the claim in negligence is not made out if the criminal proceedings would have issued regardless of the negligent conduct in question. Indeed, the law would be rather incoherent if the investigating officer could be civilly liable for any harm to the suspect flowing from the initiation and continuation of criminal proceedings, even when such proceedings are not

la norme applicable. Il lui faut plutôt établir que le processus d'identification était à ce point vicié qu'il a *supprimé* les motifs raisonnables et probables de porter l'accusation. Ce n'est qu'à cette condition que le demandeur peut prétendre avoir subi, comme le dit la juge en chef McLachlin, « un préjudice indemnisable qui n'aurait pas été subi n'eût été la négligence des policiers » (par. 92).

176 Le juge MacPherson a laissé entendre que le processus aurait de toute façon été enclenché, mais il l'a fait en se penchant non pas sur la norme de diligence, mais bien sur le lien de causalité. Voici ce qu'il a dit (par. 97) :

> [TRADUCTION] Les faits réfutent entièrement cette prétention [que l'irrégularité de la séance d'identification a entaché toute la procédure d'identification]. L'appelant a été accusé de dix vols qualifiés, mais il n'a été cité à procès que pour celui commis le 23 janvier 1995. La séance d'identification photographique que conteste l'appelant *ne* faisait *pas* partie de la preuve pour ce vol. La preuve d'identification pour le vol du 23 janvier consistait plutôt dans le témoignage de l'agent Stewart, qui avait aperçu l'appelant, et dans l'identification formelle de ce dernier par deux caissières à partir d'une photo publiée dans un journal et se trouvant sur leurs bureaux. Il n'existe donc aucun lien de causalité entre la séance d'identification photographique et l'arrestation, la détention et la poursuite de l'appelant pour le vol du 23 janvier. Il aurait été arrêté le 27 janvier, détenu et soumis à un procès même si la police n'avait pas fait preuve de négligence dans la préparation de la séance. Mais, comme le juge du procès s'est penché sur celle-ci, j'examinerai à mon tour son déroulement. [En italique dans l'original.]

177 La Juge en chef paraît aussi laisser entendre qu'une accusation aurait pu être portée malgré toute irrégularité. Elle dit en effet : « Il n'appert pas non plus de la preuve que n'eût été ces incidents [la négligence alléguée], M. Hill n'aurait pas été inculpé et déclaré coupable » (par. 78). La question des motifs raisonnables et probables touche manifestement au lien de causalité au sens où l'action pour négligence ne saurait être accueillie lorsque la procédure pénale aurait été engagée qu'il y ait eu négligence ou non. En effet, il ne serait pas logique en droit que le policier enquêteur puisse être civilement tenu responsable du préjudice infligé au suspect par l'enclenchement et le déroulement du processus pénal alors que celui-ci est non seulement

merely authorized but are in fact *desirable* under the standards set by the criminal law. In my view, however, it is not sufficient to consider the governing criminal standard simply on the issue of causation. To the contrary, the criminal standard for initiating process must also inform the standard of care itself. In other words, *even if* the impugned lineup had in fact been used with respect to the January 23, 1995 robbery, it would not be sufficient for the purposes of the tort action to show that the identification techniques used by the police fell below the standard of the reasonable police officer. Such an approach would ignore the significant public interest in having criminal process issue on the basis of reasonable grounds to believe that an offence has been committed. Again, the determinative question would therefore have to be whether the identification process was so flawed as to *destroy* the reasonable and probable grounds provided by the witnesses' positive identification of Mr. Hill as the robber.

178 The two dissenting justices not only failed to incorporate the reasonable and probable grounds standard in their analysis; they adopted a very expansive view of causation. Even though the impugned photo lineups did not even form part of the evidence on the charge in respect of which Mr. Hill was convicted, the two justices were nonetheless satisfied that a sufficient causal link could be established between the lineups and the conviction for the following reasons, at para. 158:

> First, as noted by the trial judge in his reasons, on January 17, 1995, Detective Loft showed this photo line-up to a number of witnesses to the robberies. Most identified Mr. Hill as the robber, although they thought he did not have a goatee. It is apparent that these witnesses' misidentification of Mr. Hill as the robber materially contributed to Detective Loft's fixation on Mr. Hill as the perpetrator of the plastic bag robberies, and therefore to his initial arrest of Mr. Hill. It was because he was convinced that the witnesses had identified the right person that Detective Loft neglected to do any reinvestigation of the robberies in the face of the emerging exculpatory evidence. The misidentification

autorisé, mais en fait *souhaitable* selon les normes applicables en matière criminelle. J'estime toutefois qu'il ne suffit pas de tenir compte de la norme pénale au regard du lien de causalité. En effet, la norme applicable à l'enclenchement du processus pénal doit également contribuer à définir la norme de diligence elle-même. Autrement dit, *même si* le résultat de la séance d'identification contestée avait été mis en preuve pour le vol qualifié du 23 janvier 1995, la preuve que les méthodes d'identification employées ne respectaient pas la norme du policier raisonnable n'aurait pas permis d'établir le bien-fondé de l'action en responsabilité délictuelle. S'il en allait autrement, l'on ferait abstraction du fait qu'il est nettement dans l'intérêt public que le processus pénal soit enclenché sur la foi de motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise. Encore une fois, la question déterminante est celle de savoir si le processus d'identification était à ce point vicié qu'il a *supprimé* les motifs raisonnables et probables conférés par le fait que des témoins avaient formellement identifié M. Hill comme étant l'auteur du vol.

Les deux juges dissidents ont non seulement omis d'intégrer la norme des motifs raisonnables et probables à leur analyse, mais ils ont aussi interprété très largement la notion de lien de causalité. Même si le résultat de la séance d'identification photographique ne faisait pas partie de la preuve offerte pour l'accusation dont M. Hill a été reconnu coupable, les deux juges ont néanmoins conclu à l'existence d'un lien de causalité suffisant entre la séance et la déclaration de culpabilité, et ce, pour les motifs suivants :

> [TRADUCTION] Premièrement, comme le dit le juge du procès dans ses motifs, le 17 janvier 1995, le détective Loft a montré cette série de photos à un certain nombre de témoins des vols. La plupart ont identifié M. Hill comme étant le voleur, même s'ils croyaient qu'il ne portait pas de barbiche. Il est évident que l'identification erronée de M. Hill par ces témoins a grandement conforté le détective Loft dans l'idée que M. Hill était le voleur au sac en plastique et, de ce fait, contribué à l'arrestation initiale de M. Hill. C'est parce qu'il était convaincu que les témoins avaient identifié la bonne personne que le détective Loft a omis de rouvrir l'enquête sur les vols malgré de nouveaux éléments de

from the photo line-up contributed to Detective Loft's tunnel vision on the issue of Mr. Hill, which resulted in Mr. Hill's arrest, detention, wrongful prosecution and the ensuing miscarriage of justice. Accordingly, we believe there is a clear causal link between the photo line-up and Mr. Hill's wrongful conviction.

preuve disculpatoires. L'identification erronée à partir des photos a contribué au manque d'objectivité à l'égard de M. Hill, qui a mené à son arrestation et à sa mise en détention, à son inculpation injustifiée et à l'erreur judiciaire. Partant, nous croyons qu'il existe bel et bien un lien de causalité entre la séance d'identification photographique et la déclaration de culpabilité injustifiée de M. Hill. [par. 158]

The dissenting justices further relied on the fact that the trial judge also appeared to find that causation was made out. Although the trial judge did not provide any analysis on the question of causation, he expressed the view that the only element of the tort action which was in issue in this case was whether the standard of care had been met.

179 Les juges dissidents ont en outre invoqué le fait que le juge du procès avait également semblé conclure à l'existence d'un lien de causalité. Même si ce dernier n'a pas analysé la question, il a opiné que la seule question en litige soulevée par l'action en responsabilité délictuelle était celle de savoir si la norme de diligence applicable avait été respectée.

As evidenced by the above, the private nature of the tort action necessarily narrows the focus of the criminal investigation to the individual rights of the parties and, in the process, it is almost inevitable that courts lose sight of the broader public interests at stake. In short, tort law simply does not fit. In his article, Professor Kaiser aptly notes the following at p. 112:

180 Comme je l'ai montré, la nature privée de l'action en responsabilité délictuelle ramène nécessairement l'enquête criminelle aux droits individuels des parties, de sorte que les tribunaux perdent presque inévitablement de vue l'intérêt public général en jeu. En somme, le droit de la responsabilité délictuelle ne convient simplement pas. Le professeur Kaiser dit avec à-propos dans son article (p. 112) :

... as Professor[s] Cohen and Smith have argued [in their article "Entitlement and the Body Politic: Rethinking Negligence in Public Law" (1986), 64 *Can. Bar Rev.* 1], private law in general and torts in particular are singularly ill-suited to deal with issues which fundamentally concern the nature of the state and the relationship of the individual to the state and the law:

> ... the legislatures and courts, in developing rules of public conduct and responsibility premised on private law tort concepts, have failed to consider a wide range of factors which should be recognized in articulating the relationship of the private individual and the state.... [p. 5]
>
> ... rights against the state are qualitatively different from rights against individuals. [p. 12]

[TRADUCTION] ... comme l'ont avancé les professeurs Cohen et Smith [dans leur article intitulé « Entitlement and the Body Politic : Rethinking Negligence in Public Law » (1986), 64 *R. du B. can.* 1], le droit privé en général et la responsabilité délictuelle en particulier n'offrent vraiment pas le cadre voulu pour régler les questions qui touchent fondamentalement à la nature de l'État et à la relation de l'individu avec l'État et le droit :

> ... en établissant à l'égard des actes et de la responsabilité de l'État des règles fondées sur des concepts de responsabilité délictuelle, les législatures et les tribunaux ont fait abstraction d'un grand nombre de facteurs qui devraient être pris en compte pour définir le lien entre l'individu et l'État... [p. 5]
>
> ... les droits contre l'État diffèrent qualitativement des droits contre les individus. [p. 12]

2.5.4 Other Existing Remedies

2.5.4 Autres recours existants

181 By contrast to the proposed action in negligence, the existing torts of false arrest, false imprisonment, malicious prosecution and misfeasance in public

Contrairement au délit d'enquête négligente proposé, les délits existants d'arrestation illégale, de détention arbitraire, de poursuite abusive et de

office do not give rise to the policy concerns we have just discussed. With respect to each of these torts, where a police officer is acting within the scope of his or her powers, there can be no tort liability for simple negligence in the performance of his duty. The torts of false arrest and false imprisonment are properly circumscribed in recognition of the limited role of the police officer in the overall criminal process, and any interposition of judicial discretion effectively ends any civil liability. By contrast, how does the proposed tort action account for the fact that, once a criminal charge has been laid, the *Crown* controls the proceedings, not the police? (Indeed, in some jurisdictions, the Crown takes control earlier in the process — all charges are vetted by the Crown before they are laid.) How is the intervening verdict of a neutral third party to be considered in the negligence action? Is it a *novus actus interveniens* that breaks the chain of causation between the act of negligence and the injury? Does the answer depend on the strength of the evidence which was not tainted by the negligent conduct in question? Since the ultimate issue on the question of duty of care is whether it is fair and just to impose it, is it fair to saddle the police with the entire cost when responsibility for wrongful convictions has been attributed to all players in the justice system, including witnesses, scientists, Crown attorneys, judges and juries, none of whom is exposed to liability, with the exception of Crown Attorneys, for the tort of malicious prosecution?

182 The torts of malicious prosecution and misfeasance in public office concern allegations of *misuse* and *abuse* of the criminal process and of the police officer's position. These torts do not invite a second-guessing of the police officer's judgment in the investigation of a case but deal rather with the deliberate and malicious use of the police officer's position for ends that are improper and inconsistent with the public duty entrusted upon him or her. In short, there is no conflict between the duties imposed by the existing torts and the police

faute dans l'exercice d'une charge publique ne soulèvent pas les considérations de politique générale examinées précédemment. Pour chacun de ces délits, le policier qui agit dans les limites de ses pouvoirs n'engage pas sa responsabilité délictuelle lorsqu'il fait simplement preuve de négligence dans l'exercice de ses fonctions. Les délits d'arrestation illégale et de détention arbitraire tiennent dûment compte du rôle limité que joue le policier dans l'ensemble du processus pénal et sont délimités en conséquence, et l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire écarte de fait toute responsabilité civile. Par contre, comment le délit proposé tient-il compte du fait qu'une fois l'accusation criminelle déposée, le *ministère public*, et non la police, est maître de la procédure? (D'ailleurs, dans certains ressorts, le ministère public intervient plus tôt dans le processus, vérifiant toute accusation avant qu'elle ne soit portée.) Comment la décision d'un tiers neutre rendue dans l'intervalle doit-elle être considérée dans le cadre de l'action pour négligence? S'agit-il d'un *novus actus interveniens* rompant le lien de causalité entre l'acte de négligence et le préjudice? Cela tient-il au caractère probant de la preuve que la négligence en cause n'a pas été viciée? Puisque la question que pose en définitive l'obligation de diligence est celle de savoir s'il est juste et équitable de l'imposer, convient-il d'en faire porter tout le poids aux policiers lorsque la responsabilité pour la déclaration de culpabilité injustifiée est imputée à tous les acteurs du système de justice, y compris les témoins, les scientifiques, les procureurs de la Couronne, les juges et les jurés, aucun d'eux ne s'exposant à un recours en responsabilité délictuelle, sauf le procureur de la Couronne en cas de poursuite abusive?

Les délits de poursuite abusive et de faute dans l'exercice d'une charge publique ont trait à l'*abus* de la procédure pénale et du pouvoir policier. Il ne s'agit pas d'apprécier après coup la décision du policier prise dans le cadre d'une enquête, mais bien de déterminer si la fonction policière a délibérément été exercée à des fins illégitimes et incompatibles avec le devoir public du policier. Bref, il n'existe aucun conflit entre les obligations qui sous-tendent les délits existants et le devoir public du policier d'enquêter sur les crimes et d'arrêter les

officer's public duty to investigate crime and apprehend offenders. The creation of the new tort of negligent investigation would effectively subsume all the existing torts and risk upsetting the necessary balance between the competing interests at play.

2.5.5 Civil Law in Quebec

Finally, a word must be said about the existing state of the civil law in Quebec. MacPherson J.A. found support for his conclusion that there was a common law duty of care in two decisions of the Quebec Court of Appeal: *Lacombe v. André*, [2003] R.J.Q. 720, and *Jauvin v. Procureur général du Québec*, [2004] R.R.A. 37, stating that he was "impressed by the reasoning and the balanced results" achieved in those two cases (para. 66). In both cases, the court recognized a duty of care on police towards suspects based on the general provision found in art. 1457 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. Article 1457 provides:

Every person has a duty to abide by the rules of conduct which lie upon him, according to the circumstances, usage or law, so as not to cause injury to another.

Where he is endowed with reason and fails in this duty, he is responsible for any injury he causes to another person by such fault and is liable to reparation for the injury, whether it be bodily, moral or material in nature.

He is also liable, in certain cases, to reparation for injury caused to another by the act or fault of another person or by the act of things in his custody.

I will briefly review the facts and findings in these two cases. In *Lacombe*, Alain André was charged with sexually assaulting his adopted daughter. Eight months later, after the charges were withdrawn prior to the commencement of a preliminary inquiry, Mr. André brought a suit against the police, claiming that they did not have reasonable and probable grounds for his arrest. At trial, damages in the amount of $326,100 were awarded and a further appeal was dismissed, the Quebec Court of Appeal holding that the police did not have reasonable and probable grounds when they arrested Mr. André.

contrevenants. Le nouveau délit d'enquête négligente proposé engloberait en fait tous les délits existants et risquerait de perturber l'équilibre nécessaire entre les intérêts opposés qui sont en jeu.

2.5.5 Le droit civil au Québec

183 Enfin, quelques remarques s'imposent sur l'état actuel du droit civil au Québec. Le juge MacPherson conclut à l'existence d'une obligation de diligence de common law en s'appuyant sur deux décisions de la Cour d'appel du Québec : *Lacombe c. André*, [2003] R.J.Q. 720, et *Jauvin c. Procureur général du Québec*, [2004] R.R.A. 37. Il dit avoir été [TRADUCTION] « impressionné par le raisonnement et l'équilibre atteint » dans ces deux affaires (par. 66). Dans chacune d'elles, la Cour d'appel a reconnu que le policier avait une obligation de diligence envers le suspect en raison d'une disposition générale du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 — l'art. 1457 —, dont voici le libellé :

Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

184 Il convient de rappeler brièvement les faits et les conclusions. Dans l'affaire *Lacombe*, Alain André a été accusé d'avoir agressé sexuellement sa fille adoptive. Huit mois plus tard, après que les accusations eurent été retirées avant l'enquête préliminaire, M. André a poursuivi les policiers, alléguant qu'ils l'avaient arrêté sans avoir de motifs raisonnables et probables de le faire. Il a obtenu des dommages-intérêts de 326 100 $ en première instance, et la Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel de cette décision, statuant que les policiers n'avaient pas de motifs raisonnables et probables au moment de l'arrestation.

185 In *Jauvin*, the accused John Jauvin was charged with conspiracy to commit fraud but, eventually, all the charges against him were dropped. Mr. Jauvin brought a suit against the police, claiming that the police inquiry and investigation had caused him great harm and seeking damages exceeding $4 million. Jauvin's suit was dismissed at trial, as was his appeal to the Quebec Court of Appeal. However, while the court held that there was no fault on the part of the respondent Attorney General of Quebec, the court did hold, that simple negligence on the part of the police could engage art. 1457 of the *Civil Code of Québec*, which concerns extra-contractual civil liability. In determining the standard of care, the court referred to its decision in *Lacombe* and stated that the conduct of a police officer was to be that of the normally competent, prudent and diligent officer in the same situation.

186 Both cases, in my view, provide little assistance in deciding the present appeal. There is no question that *Lacombe* and *Jauvin* provide some support for the proposition that police officers owe suspects a duty of care. However, three things are worth noting in this regard. First, in both *Jauvin* and *Lacombe* the duty owed arises primarily out of the codified provision in art. 1457 of the *Civil Code of Québec*. Thus, while interesting, neither case directly supports the proposition that police should owe suspects a common law duty of care. Second, *Lacombe* turned on whether the police had reasonable and probable grounds to arrest Mr. André; in the view of the courts, they did not. This is by no means a novel legal principle. Third, no liability was found in *Jauvin* and, while the Court of Appeal reiterated its finding in *Lacombe* that civil liability in negligence can be imposed, none of the policy considerations raised in this case were considered or discussed.

3. Conclusion

187 For these reasons, I conclude, as have other courts of common law jurisdictions, that the common law

Dans l'affaire *Jauvin*, John Jauvin a été accusé de complot en vue de commettre une fraude, mais toutes les accusations portées contre lui ont finalement été abandonnées. M. Jauvin a intenté une poursuite contre les policiers, alléguant que leur enquête lui avait causé un grand préjudice et qu'il avait droit à des dommages-intérêts de plus de 4 millions de dollars. Il a été débouté en première instance, puis en appel. Cependant, si la Cour d'appel a conclu que l'intimé le procureur général du Québec n'avait commis aucune faute, elle a par ailleurs statué que la seule négligence d'un policier pouvait emporter l'application de l'art. 1457 du *Code civil du Québec* relatif à la responsabilité civile extracontractuelle. Pour déterminer la norme de diligence, la Cour d'appel s'est fondée sur son arrêt *Lacombe* et a conclu qu'un policier devait agir comme un policier normalement compétent, prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances.

Selon moi, les arrêts *Lacombe* et *Jauvin* ne permettent guère de statuer sur le présent pourvoi. Ils offrent certes un certain appui à la thèse que les policiers ont une obligation de diligence envers les suspects, mais trois précisions s'imposent. Premièrement, dans chacune de ces affaires, l'obligation imposée découle essentiellement de la disposition codifiée à l'art. 1457 du *Code civil du Québec*. Ainsi, malgré l'intérêt qu'elles présentent, aucune des décisions n'appuie la prétention que le policier devrait avoir envers le suspect une obligation de diligence en common law. Deuxièmement, dans l'affaire *Lacombe*, la question était celle de savoir si les policiers avaient eu des motifs raisonnables et probables pour arrêter M. André; les tribunaux saisis ont répondu par la négative. Aucun principe juridique nouveau n'a vu le jour. Troisièmement, nulle responsabilité n'a été reconnue dans l'affaire *Jauvin*, et même si la Cour d'appel a confirmé la conclusion tirée dans l'affaire *Lacombe*, à savoir que la responsabilité civile pour négligence peut être imputée, elle n'a examiné aucune des considérations de politique générale soulevées dans la présente affaire.

3. Conclusion

Pour ces motifs, comme l'ont fait les tribunaux d'autres ressorts de common law, je conclus que

tort of negligent investigation should not be recognized in Canada. The recognition that the civil tort system is not the appropriate vehicle to provide compensation for the wrongfully convicted should not be viewed as undermining the importance of achieving that important goal. However, how this goal is to be achieved is a complex issue that has been discussed in the context of a number of inquiries and governmental studies: see for example *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001) (the Sophonow Inquiry); *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations* (1989) (the Marshall Inquiry); *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998) (the Morin Inquiry); *Commission of Inquiry into the Wrongful Conviction of David Milgaard* (ongoing) (the Milgaard Inquiry); *Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell* (2007) (the Driskell Inquiry); *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes* (2006) (the Lamer Inquiry). It may be that compensation for the wrongfully convicted is a matter better left for the legislators in the context of a comprehensive statutory scheme. It is certainly not a matter that should be left to the vagaries of the proposed tort action.

I would allow the Crown's cross-appeal and dismiss Mr. Hill's appeal.

Appeal dismissed with costs. Cross-appeal dismissed, BASTARACHE, CHARRON *and* ROTHSTEIN JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Boghosian & Associates, Toronto.

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

le délit d'enquête négligente ne devrait pas être reconnu en common law au Canada. Cependant, même si j'estime que le régime de la responsabilité délictuelle n'est pas le véhicule approprié pour l'indemnisation des personnes déclarées coupables à tort d'un crime, je conviens de l'importance d'une telle réparation. Mais trouver le moyen d'y parvenir n'est pas simple, et un certain nombre d'enquêtes et d'études gouvernementales se sont penchées sur la question, dont les enquêtes Sophonow (*The Inquiry Regarding Thomas Sophonow : The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001)); Marshall (*Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution : Findings and Recommendations* (1989)); Morin (*Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (1998)); Milgaard (*Commission of Inquiry into the Wrongful Conviction of David Milgaard*, en cours); et Driskell (*Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell* (2007)), ainsi que la commission Lamer (*The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to : Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken : Report and Annexes* (2006)). Peut-être vaut-il mieux laisser aux législateurs le soin d'assurer l'indemnisation des personnes déclarées coupables à tort d'un crime dans le cadre d'un régime législatif complet. Pareille réparation ne devrait certainement pas dépendre de l'issue incertaine du recours délictuel proposé.

188 Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident du ministère public et de rejeter le pourvoi de M. Hill.

Pourvoi rejeté avec dépens. Pourvoi incident rejeté, les juges BASTARACHE, CHARRON *et* ROTHSTEIN *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant/intimé au pourvoi incident : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs des intimés/appelants au pourvoi incident : Boghosian & Associates, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted: Falconer Charney, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Edmonton Police Service, Legal Advisors' Section, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Cooper, Sandler & West, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Police Association and the Police Association of Ontario: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Procureurs de l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted : Falconer Charney, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Edmonton Police Service, Legal Advisors' Section, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Cooper, Sandler & West, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des policiers et Police Association of Ontario : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association *Appellant*

v.

Canada Revenue Agency *Respondent*

and

Canadian Centre for Philanthropy *Intervener*

INDEXED AS: A.Y.S.A. AMATEUR YOUTH SOCCER ASSOCIATION *v.* CANADA (REVENUE AGENCY)

Neutral citation: 2007 SCC 42.

File No.: 31476.

2007: May 16; 2007: October 5.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income tax — Charities — Registered charity — Amateur youth soccer association operating exclusively at provincial level seeking registration as charity — Whether registered Canadian amateur athletic association provisions of Income Tax Act preclude amateur sports association from charitable status — Whether amateur youth soccer association a charity for purposes of Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 149.1(1) "charitable organization", 248(1) "registered Canadian amateur athletic association".

A.Y.S.A., an amateur soccer association which operates exclusively at the provincial level, applied to the Canada Revenue Agency to become a "registered charity" under s. 248(1) of the *Income Tax Act* ("*ITA*"). The Agency refused to register A.Y.S.A. as a charity finding that the courts had not held the promotion of sports to be a charitable purpose. The Federal Court of Appeal affirmed the decision, finding that the registered Canadian amateur athletic association

A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association *Appelante*

c.

Agence du revenu du Canada *Intimée*

et

Centre canadien de philanthropie *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : A.Y.S.A. AMATEUR YOUTH SOCCER ASSOCIATION *c.* CANADA (AGENCE DU REVENU)

Référence neutre : 2007 CSC 42.

N° du greffe : 31476.

2007 : 16 mai; 2007 : 5 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Organismes de bienfaisance — Organisme de bienfaisance enregistré — Demande d'enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance présentée par une association de soccer amateur pour jeunes œuvrant exclusivement à l'échelle provinciale — Les dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu relatives aux associations canadiennes enregistrées de sport amateur empêchent-elles les associations de sport amateur d'obtenir le statut d'œuvre de bienfaisance? — Une association de soccer amateur pour jeunes est-elle un organisme de bienfaisance pour l'application de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 149.1(1) « œuvre de bienfaisance », 248(1) « association canadienne enregistrée de sport amateur ».

L'A.Y.S.A., association de soccer amateur qui œuvre exclusivement à l'échelle provinciale, a présenté à l'Agence du revenu du Canada une demande d'enregistrement pour devenir « organisme de bienfaisance enregistré » au sens du par. 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (« *LIR* »). L'agence a refusé de l'enregistrer comme organisme de bienfaisance, estimant que les tribunaux n'avaient pas jugé que la promotion du sport constituait une fin de bienfaisance. La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision,

("RCAAA") provisions in s. 248(1) of the *ITA* provide charity-like treatment for amateur athletic associations only with respect to those which operate on a nationwide basis.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ.: The fact that the A.Y.S.A. and other sport associations do not qualify as a RCAAA does not automatically preclude them from being found to be a charity. While the wording of the definition of RCAAA in s. 248(1) clearly indicates that Parliament intended the benefit of RCAAA status to be available only to nationwide associations, the RCAAA regime is not a complete code for amateur sporting activities and its provisions are not to be read as an exhaustive statement on the charitable status of all sports organizations in all circumstances. Neither the text nor scheme of the *ITA*, nor the legislative purpose in establishing the RCAAA regime suggest that the RCAAA provisions preclude charitable status for non-nationwide sports organizations of all sorts or all descriptions. Rather, Parliament created a clear position for RCAAAs and left the rest to be determined in accordance with the long-standing practice under the common law. [12] [17-18] [23]

In order to be registered as a charity under s. 149.1(1) of the *ITA*, an organization must devote all of its resources to "charitable activities carried on by the organization itself". The definition of "charitable organization" in s. 149.1(1) focusses on "charitable activities", but it is really the purpose in furtherance of which an activity is carried out, not the character of the activity itself, that determines whether or not it is "charitable". As the *ITA* does not define "charitable activities", Canadian courts have consistently applied the *Pemsel* approach to determine that question. Here, the A.Y.S.A. does not qualify for registration as a charity because its purposes and activities are not charitable. Under the fourth head of the *Pemsel* approach — the only head applicable in this case —, the purposes of the organization must be (a) of "public benefit" or "beneficial to the community" and (b) "in a way which the law regards as charitable". Public benefit alone does not equal charity, and while it is accepted that participating in sport is generally beneficial, those benefits alone are not enough to qualify an organization as charitable. The case law supports

concluant que les dispositions au par. 248(1) de la *LIR* relatives aux associations canadiennes enregistrées de sport amateur (« ACESA ») conféraient aux associations de sport amateur un traitement analogue à celui des organismes de bienfaisance, mais seulement si elles exercent leurs activités à l'échelle nationale.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein : Le fait que l'A.Y.S.A. et d'autres associations sportives n'ont pas les qualités d'ACESA ne les empêche pas automatiquement d'être reconnues comme organismes de bienfaisance. Même s'il ressort clairement du libellé de la définition d'ACESA au par. 248(1) que le législateur voulait que seules les associations agissant à l'échelle nationale puissent avoir statut d'ACESA, le régime applicable aux ACESA n'est pas un code complet en ce qui a trait aux activités de sport amateur et il ne faut pas considérer que ses dispositions constituent un énoncé exhaustif de ce que le statut d'œuvre de bienfaisance confère à toutes les organisations sportives dans toutes les circonstances. Ni le texte ni l'esprit de la *LIR*, pas plus que l'objectif législatif de l'établissement du régime applicable aux ACESA ne permettent de conclure que les dispositions relatives aux ACESA empêchent toute organisation sportive non nationale d'obtenir le statut d'œuvre de bienfaisance. Le législateur a plutôt défini clairement la situation des ACESA, en laissant, pour le reste, s'appliquer les principes de common law établis de longue date. [12] [17-18] [23]

Pour être enregistrée comme organisme de bienfaisance pour l'application du par. 149.1(1) de la *LIR*, l'organisation doit consacrer la totalité de ses ressources à des « activités de bienfaisance qu'elle mène elle-même ». La définition d'« œuvre de bienfaisance » au par. 149.1(1) met l'accent sur les « activités de bienfaisance », mais c'est en réalité la fin pour laquelle une activité est exercée, et non le caractère de l'activité elle-même, qui détermine s'il s'agit d'une activité de « bienfaisance ». Comme la *LIR* ne définit pas les « activités de bienfaisance », les tribunaux canadiens ont constamment appliqué les principes formulés dans *Pemsel* pour trancher la question. En l'espèce, l'A.Y.S.A. ne remplit pas les conditions requises pour être enregistrée comme organisme de bienfaisance parce que ni ses fins ni ses activités n'ont le caractère voulu. Selon la quatrième catégorie établie dans *Pemsel* — la seule applicable en l'espèce —, les fins de l'organisme doivent servir « l'intérêt du public » ou être « utiles à la collectivité » « d'une façon à laquelle la loi reconnaît un caractère charitable ». Le seul fait qu'une fin serve l'intérêt du public ne signifie pas pour autant qu'elle a un caractère de bienfaisance et, même s'il est reconnu que

the proposition that sport, if ancillary to another recognized charitable purpose, such as education, can be charitable, but not sport in itself. The Letters Patent of the A.Y.S.A. refer to promoting soccer and increasing participation in the sport of soccer. The fact that an activity or purpose happens to have a beneficial by-product is not enough to make it charitable. If every organization that might have beneficial by-products, regardless of its purposes, were found to be charitable, the definition of charity would be much broader than what has heretofore been recognized in the common law. The organization must have as its main objective a purpose and activities that the common law will recognize as charitable. The A.Y.S.A. was unable to establish this to be the case. Furthermore, the scheme of the *ITA* does not support a wide expansion of the definition of charity, and it is imperative to preserve the distinction that the *ITA* makes between charitable and non-profit organizations. Lastly, the potential recognition of non-profit sport and recreation organizations as charities is closer to a wholesale reform than incremental change and while it may be desirable as a matter of policy to give sports associations the tax advantage of charitable status, it is a task better suited to Parliament than the courts. [24] [27] [37] [40-45]

Per Abella J.: Resort to the common law test for determining what is a charity is unnecessary in this case because the RCAAA provisions of the *ITA* prevent A.Y.S.A. from being treated as a charity under the *ITA*. The legislative history of the RCAAA provisions confirms that Parliament specifically put its mind to drawing a distinction between amateur athletic associations operating on a national level and those that operate on a regional or provincial one, and decided to confer charity-like tax benefits only on national amateur athletic associations. This reflects a clear policy choice and Parliament's intention to exclude all other amateur athletic associations could hardly be clearer. Since A.Y.S.A. operates exclusively at the provincial level, the statute has denied it access to charitable status, a denial the common law is powerless to overcome. [47] [51-52] [54] [56] [58]

la pratique d'un sport revêt généralement un aspect bénéfique, ce bienfait à lui seul ne suffit pas pour établir le caractère de bienfaisance d'un organisme. La tendance qui se dégage de la jurisprudence permet d'affirmer que le sport, s'il est jumelé à une autre fin de bienfaisance reconnue, comme l'éducation, peut avoir un caractère de bienfaisance, mais qu'il ne l'a pas en soi. Les lettres patentes de l'A.Y.S.A. mentionnent la promotion du soccer et l'accroissement de la participation à ce sport. Le fait qu'une activité ou une fin produise accessoirement un effet bénéfique ne suffit pas à lui conférer un caractère de bienfaisance. Si chaque organisation dont l'activité peut générer des effets accessoires bénéfiques était considérée comme œuvre de bienfaisance, quelles que soient les fins qu'elle poursuit, la définition d'organisme de bienfaisance serait beaucoup plus large que ce qui a été reconnu jusqu'ici en common law. Il faut que l'organisation ait comme principal objectif une fin et des activités que la common law reconnaît comme ayant un caractère de bienfaisance. L'A.Y.S.A. n'était pas en mesure d'établir que c'était le cas en l'espèce. De plus, le régime prévu par la *LIR* ne saurait fonder une large extension de la définition d'organisme de bienfaisance et il est impératif de maintenir la distinction qui est faite dans la *LIR* entre œuvres de bienfaisance et organismes à but non lucratif. Enfin, la reconnaissance des organisations sportives et récréatives à but non lucratif comme organismes de bienfaisance relève davantage d'une réforme globale que d'un changement progressif et, même si sur le plan des principes il peut être souhaitable que les associations sportives jouissent des avantages fiscaux découlant du statut d'œuvre de bienfaisance, le législateur est mieux placé que les tribunaux pour décider en la matière. [24] [27] [37] [40-45]

La juge Abella : Il n'est pas nécessaire, en l'espèce, de recourir au critère de common law pour définir ce qu'est un organisme de bienfaisance, car les dispositions de la *LIR* relatives aux ACESA empêchent de traiter l'A.Y.S.A. comme organisme de bienfaisance pour l'application de la *LIR*. L'historique législatif des dispositions relatives aux ACESA confirme que le législateur s'est particulièrement appliqué à établir une distinction entre les associations de sport amateur œuvrant à l'échelle nationale et celles dont les activités s'exercent à un niveau régional ou provincial, et qu'il a décidé de n'accorder des avantages fiscaux semblables à ceux offerts aux organismes de bienfaisance qu'aux associations nationales de sport amateur. Ces dispositions expriment clairement la décision du législateur et son intention d'exclure toutes les autres associations de sport amateur ne saurait être plus claire. Comme l'A.Y.S.A. œuvre exclusivement à l'échelle provinciale, la loi lui refuse le statut d'œuvre de bienfaisance, refus que la common law ne saurait renverser. [47] [51-52] [54] [56] [58]

Cases Cited

By Rothstein J.

Distinguished: *Re Laidlaw Foundation* (1984), 13 D.L.R. (4th) 491; **referred to:** *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women v. M.N.R.*, [1999] 1 S.C.R. 10; *R. v. Saliturro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Maccabi Canada v. M.N.R.*, 98 D.T.C. 6526; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, [2006] 1 S.C.R. 715, 2006 SCC 20; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax v. Pemsel*, [1891] A.C. 531; *The King v. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 S.C.R. 76; *Guaranty Trust Co. of Canada v. Minister of National Revenue*, [1967] S.C.R. 133; *D'Aguiar v. Guyana Commissioner of Inland Revenue*, [1970] T.R. 31; *Re Nottage*, [1895] 2 Ch. 649; *In re Mariette*, [1915] 2 Ch. 284; *Inland Revenue Commissioners v. McMullen*, [1981] A.C. 1; *Inland Revenue Commissioners v. City of Glasgow Police Athletic Association*, [1953] 1 All E.R. 747; *Laing v. Commissioner of Stamp Duties*, [1948] N.Z.L.R. 154.

By Abella J.

Referred to: *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax v. Pemsel*, [1891] A.C. 531; *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women v. M.N.R.*, [1999] 1 S.C.R. 10; *Maccabi Canada v. M.N.R.*, 98 D.T.C. 6526.

Statutes and Regulations Cited

Canada Corporations Act, R.S.C. 1970, c. C-32, Part II.
Charitable Uses Act, 1601 (Eng.), 43 Eliz. 1, c. 4 (*Statute of Elizabeth* or *Statute of Charitable Uses*), preamble.
Charities Act 2006 (U.K.), 2006, c. 50, s. 2(2)(*g*).
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 110.1(1), 118.1(1), (3), 149(1)(*f*), (*l*), 149.1(1), 172(3), 180(1), 248(1).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 8.1.

Authors Cited

Canada. Revenue Agency. Policy Statement: "Registration of Canadian Amateur Athletic Associations". Reference Number CPS-011, effective October 28, 1996.
Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 28th Parl., April 23, 1970, p. 6235.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Distinction d'avec l'arrêt : *Re Laidlaw Foundation* (1984), 13 D.L.R. (4th) 491; **arrêts mentionnés :** *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. M.R.N.*, [1999] 1 R.C.S. 10; *R. c. Saliturro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Maccabi Canada c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [1998] A.C.F. nº 896 (QL); *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, [2006] 1 R.C.S. 715, 2006 CSC 20; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax c. Pemsel*, [1891] A.C. 531; *The King c. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 R.C.S. 76; *Guaranty Trust Co. of Canada c. Minister of National Revenue*, [1967] R.C.S. 133; *D'Aguiar c. Guyana Commissioner of Inland Revenue*, [1970] T.R. 31; *Re Nottage*, [1895] 2 Ch. 649; *In re Mariette*, [1915] 2 Ch. 284; *Inland Revenue Commissioners c. McMullen*, [1981] A.C. 1; *Inland Revenue Commissioners c. City of Glasgow Police Athletic Association*, [1953] 1 All E.R. 747; *Laing c. Commissioner of Stamp Duties*, [1948] N.Z.L.R. 154.

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax c. Pemsel*, [1891] A.C. 531; *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. M.R.N.*, [1999] 1 R.C.S. 10; *Maccabi Canada c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [1998] A.C.F. nº 896 (QL).

Lois et règlements cités

Charitable Uses Act, 1601 (Angl.), 43 Eliz. 1, ch. 4 (*Statute of Elizabeth* ou *Statute of Charitable Uses*), préambule.
Charities Act 2006 (R.-U.), 2006, ch. 50, art. 2(2)*g*).
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 8.1.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 110.1(1), 118.1(1), (3), 149(1)*f*), *l*), 149.1(1), 172(3), 180(1), 248(1).
Loi sur les corporations canadiennes, S.R.C. 1970, ch. C-32, Partie II.

Doctrine citée

Canada. Agence du revenu. Énoncé de politique : « Enregistrement des associations canadiennes de sport amateur ». Numéro de référence CPS-011, en vigueur le 28 octobre 1996.
Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2e sess., 28e lég., 23 avril 1970, p. 6235.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VII, 1st Sess., 28th Parl., April 2, 1969, p. 7423.
Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VII, 3rd Sess., 28th Parl., June 18, 1971, p. 6895.
Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. IX, 3rd Sess., 28th Parl., October 25, 1971, p. 9009.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Picarda, Hubert. *The Law and Practice Relating to Charities*, 3rd ed. London: Butterworths, 1999.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
Tudor on Charities, 9th ed. by Jean Warburton. London: Sweet & Maxwell, 2003.
Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Noël and Evans JJ.A.) (2006), 267 D.L.R. (4th) 724, 348 N.R. 295, [2006] 3 C.T.C. 294, 2006 D.T.C. 6314, [2006] F.C.J. No. 542 (QL), 2006 FCA 136, affirming a decision of the Minister of National Revenue denying the appellant's application to be registered as a charity under the *Income Tax Act*. Appeal dismissed.

D. Geoffrey Cowper, Q.C., E. Blake Bromley and *W. Stanley Martin*, for the appellant.

Wendy Burnham and *David Jacyk*, for the respondent.

W. Laird Hunter, Q.C., David Stevens, Susan M. Manwaring and *Kate Lazier*, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

This case concerns whether the A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association is a charity for

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 1re sess., 28e lég., 2 avril 1969, p. 7423.
Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 3e sess., 28e lég., 18 juin 1971, p. 6895.
Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 3e sess., 28e lég., 25 octobre 1971, p. 9009.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
Picarda, Hubert. *The Law and Practice Relating to Charities*, 3rd ed. London : Butterworths, 1999.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.
Tudor on Charities, 9th ed. by Jean Warburton. London : Sweet & Maxwell, 2003.
Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Noël et Evans) (2006), 267 D.L.R. (4th) 724, 348 N.R. 295, [2006] 3 C.T.C. 294, 2006 D.T.C. 6314, [2006] A.C.F. nº 542 (QL), 2006 CAF 136, qui a confirmé la décision du ministre du Revenu national de refuser d'enregistrer l'appelante comme organisme de bienfaisance pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pourvoi rejeté.

D. Geoffrey Cowper, c.r., E. Blake Bromley et *W. Stanley Martin*, pour l'appelante.

Wendy Burnham et *David Jacyk*, pour l'intimée.

W. Laird Hunter, c.r., David Stevens, Susan M. Manwaring et *Kate Lazier*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

Il s'agit d'établir si l'A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association est un organisme de 1

purposes of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("*ITA*"), allowing it to issue tax receipts enabling its donors to obtain income tax deductions or credits. I find that it is not.

II. Factual Background

2 A.Y.S.A. is a corporation without share capital incorporated under Part II of the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32. The Letters Patent of A.Y.S.A. set out its objects as follows:

a) to fund and develop activities and programs to promote, organize and carry on the sport of amateur youth soccer;

b) to fund, promote and develop local amateur youth soccer programs and coaching appropriate to different age groups and different levels of ability to increase participation in the sport of soccer;

c) to raise funds for facilities and equipment necessary to achieve the foregoing objects in ways the law regards as charitable;

d) to receive gifts, bequests, funds and property and to hold, invest, manage, administer and distribute funds and property for the objects of the Corporation; and

e) to conduct activities and exercise such powers as are necessary for the achievement and furtherance of the objects of the Corporation.

As stipulated at Part IV of the Letters Patent, the operations of A.Y.S.A. may be carried out exclusively in the province of Ontario.

3 In February 2005, A.Y.S.A. applied to the Canada Revenue Agency ("CRA") to become a "registered charity" under s. 248(1) of the *ITA*. In its application, A.Y.S.A. described the activities through which it intended to achieve the objects in its Letters Patent as follows:

bienfaisance pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) (« *LIR* »), et peut en conséquence délivrer des reçus officiels permettant à ses donateurs de se prévaloir de déductions fiscales ou de crédits d'impôt. Ma conclusion est qu'il ne s'agit pas d'un organisme de bienfaisance.

II. Les faits

L'A.Y.S.A. est un organisme sans capital social constitué en société sous le régime de la partie II de la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, ch. C-32. Ses lettres patentes définissent ainsi ses objets :

[TRADUCTION]

a) financer et créer des activités et programmes visant la promotion, l'organisation et la pratique du soccer amateur pour jeunes;

b) financer, promouvoir et créer des programmes locaux de soccer amateur pour jeunes et des programmes d'entraînement adaptés aux différents groupes d'âge et niveaux d'habileté, en vue d'accroître la pratique de ce sport;

c) recueillir des fonds à consacrer aux installations et au matériel nécessaires pour la réalisation des objets susmentionnés, d'une façon que le droit considère comme ayant un caractère de bienfaisance;

d) recevoir des dons, legs, fonds et biens et détenir, placer, gérer, administrer et distribuer des fonds et biens pour les objets de l'organisme;

e) accomplir les activités et exercer les pouvoirs nécessaires pour la réalisation des objets de l'organisme.

Comme le prévoit la partie IV des lettres patentes, l'A.Y.S.A. ne peut exercer ses activités qu'en Ontario.

En février 2005, l'A.Y.S.A. a présenté à l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») une demande d'enregistrement pour devenir « organisme de bienfaisance enregistré » au sens du par. 248(1) de la *LIR*. Dans sa demande, elle décrit ainsi les activités par lesquelles elle cherche à réaliser les objets exposés dans ses lettres patentes :

The Association intends to administer and perform all the functions necessary to support local youth soccer in local communities in Ontario. Amateur soccer is defined for the Association's purposes as soccer that is played for the purpose of deriving the physical, mental and social benefits that organized sport has to offer other than present or future commercial gain.

. . .

. . . The Applicant's main objective is to offer youths in the community the opportunity to develop and hone soccer skills through practice and competition so they can develop pride in their abilities and soccer skills.

We will also encourage and promote good sportsmanship and fair play. Encouraging youth in the community to pursue physical activities in a team environment will enable each individual to develop a healthy attitude toward fitness and teamwork. Extra-curricular activities that are structured around the pursuit of physical fitness and belonging to a team require a significant commitment of time and attention. This personal commitment will undoubtedly result in healthy and socially beneficial attitudes and improved time management skills. It will also have the result of less time to 'hang out' around the corner store. The players, hopefully, will not have the time or interest to spend time in undesirable places with people of questionable character where they are more readily exposed to illegal activities including drugs, vandalism and anti-social behaviour such as bullying.

The Association will be managed and operated by volunteers.

III. Decisions Below

A. *Canada Revenue Agency*

In its letter to A.Y.S.A. of June 8, 2005, the CRA refused to register A.Y.S.A. as a charity. It stated that

the courts have not held the promotion of sport to be a charitable purpose. . . . As the Association's formal objects state that its overall purpose is to promote the sport of soccer, it does not qualify for registration as a charity.

[TRADUCTION] L'Association entend faire tout ce qui est nécessaire pour appuyer la pratique du soccer par les jeunes au sein des collectivités locales de l'Ontario. Le soccer amateur s'entend, pour les besoins de l'Association, du soccer que l'on pratique pour en tirer les bienfaits physiques, mentaux et sociaux associés à un sport organisé, autres que des gains commerciaux actuels ou futurs.

. . .

. . . L'Association a pour principal objectif d'offrir aux jeunes de la collectivité la possibilité d'acquérir des compétences au soccer et de les perfectionner par l'entraînement et la compétition, de façon qu'ils puissent tirer fierté de leurs habiletés et de leurs talents au soccer.

Nous encourageons et promouvons aussi l'esprit sportif. Encourager les jeunes à pratiquer des activités physiques en équipe permettra à chacun d'eux de développer une attitude positive à l'égard de la forme physique et du jeu d'équipe. Les activités parascolaires axées sur l'amélioration de la forme physique et l'appartenance à une équipe exigent un investissement important en temps et en attention. Un tel engagement personnel entraîne nécessairement des attitudes positives et socialement bénéfiques ainsi qu'une meilleure gestion du temps. Il diminue également le temps passé à traîner autour du magasin du coin. Il est à espérer que les joueurs n'auront ni le temps ni l'envie de passer du temps avec des individus douteux dans des endroits peu recommandés où ils risquent davantage d'être exposés à des activités illégales, dont le trafic de drogues, le vandalisme et des comportements antisociaux comme l'intimidation.

L'Association sera dirigée et gérée par des bénévoles.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *L'Agence du revenu du Canada*

Par lettre datée du 8 juin 2005, l'ARC a informé l'A.Y.S.A. qu'elle refusait de l'enregistrer comme organisme de bienfaisance : 4

[TRADUCTION] . . . les tribunaux n'ont pas jugé que la promotion du sport constitue une fin de bienfaisance [. . .] Comme il ressort des objets officiels de l'Association que son but général est de promouvoir le sport du soccer, elle ne possède pas les qualités requises pour être enregistrée comme organisme de bienfaisance.

B. *Federal Court of Appeal (Noël J.A., Létourneau and Evans JJ.A. concurring)* (2006), 267 D.L.R. (4th) 724, 2006 FCA 136

5 The Federal Court of Appeal dismissed A.Y.S.A.'s appeal of the CRA decision, brought pursuant to ss. 172(3) and 180(1) of the *ITA*. The court found that the registered Canadian amateur athletic association ("RCAAA") provisions of the *ITA* precluded the possibility of an amateur sport association being treated as a charity under the *ITA*. Through the RCAAA provisions, Parliament opted to provide charity-like treatment for amateur athletic associations, but only with respect to those which (unlike A.Y.S.A.) operate on a nationwide basis. The court did not find it necessary to address the question of whether A.Y.S.A. was a charity at common law. According to the court, Parliament must be taken to have occupied the field respecting the tax treatment of amateur sports associations regardless of their status in the law of charity. To hold otherwise, it held (at para. 22), "would frustrate Parliament's clearly expressed intent to limit the federal funding of amateur sports associations to those which operate nationally".

IV. Analysis

A. *Do the RCAAA Provisions of the ITA Preclude Amateur Sports Associations from Charitable Status?*

6 An RCAAA, as defined by s. 248(1) of the *ITA*, is a non-profit organization which has as its "primary purpose and its primary function, the promotion of amateur athletics in Canada on a nationwide basis". Sections 110.1(1)(*a*)(ii), 118.1(1)(*b*) and s. 118.1(3), along with s. 149(1)(*l*) of the *ITA*, afford RCAAAs two benefits that are also given to charities under the *ITA*: (1) they pay no tax on their income; and (2) they can issue tax receipts enabling their donors to obtain tax deductions (for

B. *Cour d'appel fédérale (le juge Noël, aux motifs duquel ont souscrit les juges Létourneau et Evans)*, [2006] A.C.F. nº 542 (QL), 2006 CAF 136

La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel que l'A.Y.S.A. a interjeté en vertu des par. 172(3) et 180(1) de la *LIR* contre la décision de l'ARC. Elle a jugé que les dispositions de la *LIR* relatives aux associations canadiennes enregistrées de sport amateur (« ACESA ») empêchaient de traiter une telle association comme un organisme de bienfaisance en vertu de la *LIR*. En édictant ces dispositions, le législateur a choisi d'offrir aux associations de sport amateur un traitement analogue à celui des organismes de bienfaisance, mais seulement si elles exercent leurs activités à l'échelle nationale (ce qui n'est pas le cas de l'A.Y.S.A.). La cour n'a pas estimé nécessaire de se demander si l'A.Y.S.A. était un organisme de bienfaisance selon la common law puisqu'il fallait, à son avis, considérer que le législateur avait occupé le champ de compétence en matière de traitement fiscal des associations de sport amateur, sans égard à leur statut selon le droit relatif aux organismes de bienfaisance. D'après elle, conclure autrement équivaudrait à « contrecarrer l'intention explicite du législateur de limiter le financement fédéral des associations de sport amateur à celles qui œuvrent à l'échelle de tout le pays » (par. 22).

IV. Analyse

A. *Les dispositions de la LIR relatives aux ACESA empêchent-elles les associations de sport amateur d'obtenir le statut d'œuvre de bienfaisance?*

Selon la définition au par. 248(1) de la *LIR*, une ACESA est un organisme à but non lucratif dont « [le] but premier et [la] mission principale consistent à promouvoir le sport amateur au Canada à l'échelle nationale ». En vertu du sous-al. 110.1(1)*a*)(ii), de l'al. 118.1(1)*b*) et du par. 118.1(3) ainsi que de l'al. 149(1)*l*) de la *LIR*, les ACESA jouissent de deux avantages également conférés aux organismes de bienfaisance selon la *LIR* : (1) elles ne paient pas d'impôt sur le revenu et (2) elles

corporations) or non-refundable tax credits (for individuals) for their donations. By contrast, other associations which qualify as non-profit organizations under the *ITA*, but *not* as registered charities or RCAAAs, receive the first benefit but not the second: they pay no tax on their income, but they cannot issue tax receipts to donors.

peuvent délivrer des reçus officiels permettant à leurs donateurs de bénéficier de déductions fiscales (s'il s'agit de personnes morales) ou de crédits d'impôt non remboursables (s'il s'agit de personnes physiques). Par contre, d'autres associations qui remplissent les exigences de la *LIR* pour être reconnues comme organismes à but non lucratif, mais *non* comme organismes de bienfaisance enregistré ou comme ACESA, jouissent du premier avantage mais non du second : elles ne paient pas d'impôt sur le revenu, mais elles ne peuvent délivrer de reçus officiels pour dons.

As RCAAAs must operate nationwide, an organization such as A.Y.S.A., which operates only in Ontario, cannot register as an RCAAA. Nonetheless, A.Y.S.A. claims to be eligible for registration as a charity under s. 248(1) of the *ITA*.

7 Comme les ACESA doivent œuvrer à l'échelle nationale, un organisme comme l'A.Y.S.A., dont les activités se limitent à l'Ontario, ne peut obtenir leur enregistrement comme ACESA. L'A.Y.S.A. prétend néanmoins qu'elle peut être enregistrée comme organisme de bienfaisance au sens du par. 248(1) de la *LIR*.

To qualify as a "charitable organization" under the *ITA*, an organization must meet the criteria listed in s. 149.1(1)(*a*) to (*d*), one of which is that the organization must devote all of its resources to "charitable activities". The *ITA* does not define "charitable activities". Rather, it implicitly relies upon the common law definition of charity (*Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women v. M.N.R.*, [1999] 1 S.C.R. 10, at paras. 143 and 150), which is subject to incremental change as the common law adapts to societal change (*Vancouver Society*, at para. 150, citing *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670). Unless legislation provides otherwise, it will be for the courts, through the jurisprudence, to determine what is or is not a charity for legal purposes.

8 Pour se voir reconnaître le statut d'« œuvre de bienfaisance » pour l'application de la *LIR*, il faut remplir les critères énoncés aux al. 149.1(1)*a*) à *d*), notamment celui qui prévoit que l'organisme doit consacrer la totalité de ses ressources à des « activités de bienfaisance ». Ces activités ne sont pas définies dans la *LIR*, qui s'en remet implicitement à la définition de la common law (*Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. M.R.N.*, [1999] 1 R.C.S. 10, par. 143 et 150), laquelle peut changer progressivement au fur et à mesure que la common law s'adapte à l'évolution sociale (*Vancouver Society*, par. 150, citant *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670). Sauf indication contraire de la loi, il incombe aux tribunaux de déterminer, en se fondant sur la jurisprudence, si, pour l'application de la loi, des activités ont ou non un caractère de bienfaisance.

The government argues that the *ITA has* provided otherwise, and that for sports, the statute has supplanted whatever the common law says about sports as charity. Specifically, it argues that the RCAAA provisions of the *ITA* occupy the field for amateur sports associations so that any sports associations that fail to qualify as RCAAAs cannot qualify as registered charities either. I cannot agree

9 Selon le gouvernement, il *existe* des dispositions à cet égard dans la *LIR* et, pour ce qui est des activités sportives, cette loi a supplanté la common law quant au caractère de bienfaisance des activités sportives. Il affirme en particulier que, du fait des dispositions de la *LIR* relatives aux ACESA, le champ de compétence relatif aux associations de sport amateur est occupé et que, par conséquent,

and I will explain why in dealing with the arguments advanced by the government.

(a) Parliamentary Intent

10 The intervener, the Canadian Centre for Philanthropy, argues that the groundwork for the RCAAA regime was a federal government task force set up in response to Canada's poor showing in the 1968 Olympic Games in Mexico City and the announcement that Montreal would host the 1976 Olympic Games. The CRA Policy Statement No. CPS-011 on "Registration of Canadian Amateur Athletic Associations", effective October 28, 1996, suggests that, at least from the CRA's viewpoint, the RCAAA regime is geared to the training of "elite" or "high-performance" athletes, defined as "athletes whose performance is currently ranked in the top 16 in the world or have the potential to compete at that level". Both the intervener's argument and the Policy Statement suggest that the RCAAA provisions were focussed on a specific objective involving high-performance athletes and do not support the government's argument that these provisions constitute a complete code for the income tax treatment of all sports associations.

11 The government cites various passages from *Hansard* to argue that in 1971, when Parliament amended the *ITA* creating the RCAAA provisions, it intended to exclude sports associations other than RCAAAs from the tax benefits of charitable status (*House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 28th Parl., April 23, 1970, at p. 6235; vol. VII, 3rd Sess., 28th Parl., June 18, 1971, at p. 6895; vol. IX, 3rd Sess., 28th Parl., October 25, 1971, at p. 9009). When faced with the issue of whether to provide tax relief for sport under the *ITA*, according to the government, Parliament chose to extend charity-like benefits to only a small number of sports associations and did so, not by expanding the definition

les associations sportives qui ne remplissent pas les conditions prévues pour obtenir le statut d'ACESA ne peuvent pas non plus être enregistrées comme organismes de bienfaisance. Je ne puis recevoir cet argument et j'expliquerai ma décision lorsque j'aborderai l'argumentation du gouvernement.

a) L'intention du législateur

Dans son intervention, le Centre canadien de philanthropie affirme que le régime applicable aux ACESA a été élaboré sur le fondement des conclusions d'un groupe de travail que le gouvernement fédéral a mis sur pied par suite des piètres résultats obtenus par le Canada aux Jeux olympiques de Mexico en 1968 et de l'annonce de la tenue des Jeux olympiques de 1976 à Montréal. Il ressort de l'énoncé de politique de l'ARC concernant l'enregistrement des associations canadiennes de sport amateur (CPS-011), qui a pris effet le 28 octobre 1996, que, du moins du point de vue de l'ARC, ce régime vise l'entraînement d'athlètes d'« élite » ou de « haut niveau », définis comme des athlètes « qui font partie des 16 meilleurs athlètes de leur catégorie dans le monde ou des athlètes capables d'atteindre ce niveau ». Tant l'argument de l'intervenant que l'énoncé de politique indiquent que les dispositions relatives aux ACESA visaient un objectif précis qui concernait les athlètes de haut niveau et, de ce fait, ils n'appuient pas l'argument du gouvernement qu'elles constituent un code complet régissant le traitement fiscal de l'ensemble des associations sportives.

Le gouvernement cite divers extraits du *Hansard* à l'appui de son affirmation qu'en 1971, lorsque le législateur a modifié la *LIR* pour y inclure les dispositions relatives aux ACESA, son intention était d'exclure les associations sportives autres que les ACESA du régime d'avantages fiscaux accordés aux œuvres de bienfaisance (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2e sess., 28e lég., 23 avril 1970, p. 6235; vol. VII, 3e sess., 28e lég., 18 juin 1971, p. 6895; vol. IX, 3e sess., 28e lég., 25 octobre 1971, p. 9009). Examinant l'opportunité de prévoir dans la *LIR* un allégement fiscal pour le sport, le législateur a décidé, selon le gouvernement, que seul un petit nombre d'associations sportives

of charity, but through the alternative mechanism of the RCAAA. Therefore, the government argues, any interpretation of the charitable provisions of the *ITA* must be circumscribed by Parliament's express intention not to include the promotion of sport as charitable and not to extend the tax benefits given to national amateur sports associations to those at the regional or local level. The government also argues that although RCAAAs must operate nationwide, the RCAAA scheme still benefits regional and local associations because RCAAAs are permitted to channel funds down through their member organizations to the provincial, regional and local levels.

jouiraient d'avantages analogues à ceux des organismes de bienfaisance et, pour mettre ce régime en place, il a eu recours au mécanisme des ACESA plutôt qu'à l'élargissement de la définition d'organisme de bienfaisance. Il s'ensuit, selon le gouvernement, qu'il faut, dans l'interprétation des dispositions de la *LIR* relatives au régime fiscal des activités de bienfaisance, tenir compte de l'intention expresse du législateur de ne pas y inclure la promotion du sport et de ne pas accorder aux associations sportives régionales ou locales les avantages fiscaux consentis aux associations nationales. Le gouvernement ajoute que, même si les ACESA sont tenues d'exercer leurs activités à l'échelle nationale, le régime applicable aux ACESA profite aux associations régionales et locales parce que les ACESA sont autorisées à financer leurs organismes membres au niveau provincial, régional ou local.

It is clear from the wording of the definition of RCAAA in s. 248(1), that Parliament intended the benefit of RCAAA status to be available *only* to nationwide associations. However, I have difficulty accepting the government's "occupied field" argument based on excerpts from *Hansard*. While *Hansard* may offer relevant evidence in some cases, comments of MPs or even Ministers may or may not reflect the parliamentary intention to be deduced from the words used in the legislation. "It is clear that no single participant in the legislative process can purport to speak for the legislature as a whole" (R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 489). 12

Il ressort clairement du libellé de la définition d'ACESA au par. 248(1) que le législateur voulait que *seules* les associations agissant à l'échelle nationale puissent avoir statut d'ACESA. Toutefois, j'ai du mal à accepter l'argument de l'« occupation du champ de compétence » qu'invoque le gouvernement en s'appuyant sur des extraits du *Hansard*. Le *Hansard* peut parfois offrir des éléments de preuve pertinents, mais les opinions des députés, ou même des ministres, ne rendent pas toujours compte de l'intention du législateur telle qu'elle doit être dégagée du texte de la loi. [TRADUCTION] « Il est certain qu'aucun de ceux qui prennent part au processus législatif ne peut prétendre s'exprimer au nom de l'ensemble de l'assemblée législative » (R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 489).

In any event, there is nothing in the passages cited by the government to indicate that the creation of the RCAAA regime precluded the registration of other sports associations as charities. Parliament can be taken to have put its mind to the question of which athletic associations would qualify as RCAAAs and to have chosen nationwide organizations only. It may also be that Parliament was operating under the assumption that athletic associations were not considered charitable at common law, which explains the special provisions 13

En tout état de cause, rien dans les extraits cités par le gouvernement n'indique que la création du régime applicable aux ACESA a eu pour effet d'empêcher l'enregistrement d'autres associations sportives à titre d'organismes de bienfaisance. On peut penser que le législateur s'est demandé quelles associations sportives peuvent se voir reconnaître le statut d'ACESA et qu'il a décidé que seuls les organismes nationaux pourraient y prétendre. Il se peut aussi qu'il ait présumé que les associations sportives n'étaient pas des œuvres de bienfaisance

ensuring charity-like status for RCAAAs (*House of Commons Debates*, vol. VII, 1st Sess., 28th Parl., April 2, 1969, at p. 7423). However, neither of these propositions evince a parliamentary intent to freeze the development of the common law on charitable status or to occupy the field for all amateur sports. Neither does the fact that RCAAAs can channel funds to their regional member organizations necessarily support the view that any other non-affiliated sports organizations were intended to be absolutely excluded from charitable status. The *ITA* continued to leave the definition of what is "charitable" to be determined by reference to the common law.

14 The government also cites *Maccabi Canada v. M.N.R.*, 98 D.T.C. 6526, where the Federal Court of Appeal suggested that the "nation-wide basis" requirement for RCAAAs was "consistent with the legislative intent to ensure that the issuing of receipts to donators would come from a single organization at the national level and that Revenue Canada would not have to interface with a myriad of provincial, regional and local organizations" (p. 6528). However, the Federal Court of Appeal offered no evidence for this legislative intent, and as that case involved a different question, namely whether "nation-wide basis" included a demographic as well as geographic requirement, I do not find it to be instructive to the case at bar.

15 The words used by Parliament in the *ITA* provisions concerning RCAAAs show no express intention that the RCAAA regime occupies the field for sports associations; that is, there are no words in the *ITA* which state that the only way for sports organizations to achieve the same tax treatment as charities is to qualify as an RCAAA. Therefore, to find an occupied field, it would be necessary to interpret the express creation of RCAAA status for

en common law, ce qui explique l'inclusion de dispositions particulières conférant aux ACESA un statut analogue aux organismes de bienfaisance (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 1re sess., 28e lég., 2 avril 1969, p. 7423). Ni l'un ni l'autre de ces cas, toutefois, ne témoignent d'une intention du législateur de stopper l'évolution de la common law en matière de statut d'œuvre de bienfaisance ou d'occuper le champ de compétence à l'égard de toutes les associations de sport amateur. Quant au pouvoir des ACESA de transférer des fonds à leurs membres régionaux, il ne permet pas nécessairement non plus de conclure que le législateur entendait exclure absolument les organismes de sport amateur sans affiliation nationale du statut d'œuvre de bienfaisance. La *LIR* continue de s'en remettre à la common law pour la définition de ce qui constitue des activités de « bienfaisance ».

Le gouvernement cite également l'arrêt *Maccabi Canada c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [1998] A.C.F. nº 896 (QL), dans lequel la Cour d'appel fédérale laisse entendre que l'exigence que les ACESA agissent « à l'échelle nationale » est « conforme à la volonté du législateur qui est de faire en sorte que les reçus délivrés aux donateurs émanent d'une seule organisation au niveau national, et que Revenu Canada n'ait pas à traiter avec une multitude d'organisations provinciales, régionales et locales » (par. 8). Toutefois, la Cour d'appel fédérale n'offre aucun élément de preuve relatif à cette intention du législateur. En outre, puisque cette affaire portait sur une question différente, à savoir si l'exigence de l'« échelle nationale » comportait une dimension démographique en plus d'une dimension géographique, je suis d'avis qu'elle ne nous est pas d'un grand secours en l'instance.

Le texte des dispositions de la *LIR* concernant les ACESA n'indique pas d'intention expresse du législateur de faire en sorte que le régime applicable aux ACESA occupe le champ de compétence relatif aux associations sportives. En effet, on ne peut lire nulle part dans la *LIR* que la seule façon pour les organismes sportifs d'obtenir le même traitement fiscal que les organismes de bienfaisance est d'avoir les qualités d'ACESA. En conséquence,

nationwide amateur athletic associations as implying the exclusion of all other sports organizations from charitable status. However, arguments based on implied meaning must be viewed with caution. As Professor Sullivan notes:

While reliance on implied exclusion for this purpose [determining if a provision is exhaustive] can be helpful, it can also be misleading. What the courts are looking for is evidence that a particular provision is meant to be an exhaustive statement of the law concerning a matter. To show that the provision expressly or specifically addresses the matter is not enough. [Footnote deleted; p. 266.]

It is well known that the modern approach to interpretation applies to taxation statutes no less than it does to other statutes, that is, "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" (*Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, [2006] 1 S.C.R. 715, 2006 SCC 20, at para. 21; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). However, because of the degree of precision and detailed characteristics of many tax provisions, an emphasis has often been placed on textual interpretation where taxation statutes are concerned: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54, at para. 11; *Placer Dome*, at para. 23. As McLachlin J. (as she then was) stated for the Court in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at para. 43:

The [*ITA*] is a complex statute through which Parliament seeks to balance a myriad of principles. This Court has consistently held that courts must therefore be cautious before finding within the clear provisions of the Act an unexpressed legislative intention: *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, at para. 41, *per* Iacobucci J.; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, at para. 112, *per* Iacobucci J.; *Antosko*, *supra*, at p. 328, *per* Iacobucci J. Finding unexpressed legislative intentions under the guise of

pour conclure que le champ de compétence est occupé, il faut interpréter l'établissement explicite du statut d'ACESA pour les associations nationales de sport amateur comme excluant implicitement du statut d'œuvre de bienfaisance toutes les autres organisations sportives. Il convient toutefois de faire preuve de prudence à l'égard d'arguments fondés sur le sens implicite. Comme l'indique le professeur Sullivan :

[TRADUCTION] Le recours à l'exclusion implicite pour cela [déterminer si une disposition est exhaustive] peut être utile, mais il peut aussi induire en erreur. Il faut aux tribunaux la preuve qu'une disposition législative donnée a vocation d'énoncé exhaustif du droit concernant un point. Il n'est pas suffisant de démontrer qu'elle porte expressément ou particulièrement sur ce point. [Note en bas de page omise; p. 266.]

16 Il est bien établi que la méthode d'interprétation moderne s'applique aux lois fiscales de la même façon qu'aux autres lois, c'est-à-dire qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (*Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, [2006] 1 R.C.S. 715, 2006 CSC 20, par. 21; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87). Cependant, en raison du degré de précision et des caractéristiques particulières de nombreuses dispositions fiscales, on a souvent insisté sur l'interprétation textuelle dans le cas des lois fiscales: *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54, par. 11; *Placer Dome*, par. 23. Comme la juge McLachlin (plus tard Juge en chef) l'a exposé au nom de la Cour dans *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 43 :

La [*LIR*] est un texte législatif complexe au moyen duquel le législateur tente d'établir un équilibre entre d'innombrables principes. La jurisprudence de notre Cour est constante : les tribunaux doivent par conséquent faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit d'attribuer au législateur, à l'égard d'une disposition claire de la Loi, une intention non explicite : *Canderel Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, au par. 41, le juge Iacobucci; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, au par. 112, le juge Iacobucci; *Antosko*,

purposive interpretation runs the risk of upsetting the balance Parliament has attempted to strike in the Act.

17 Similar caution is necessary when assessing claims that imply unexpressed meanings into the RCAAA provisions, i.e. that the RCAAA provisions also preclude charitable status for non-nationwide sports organizations of all descriptions. The precise and unequivocal meaning of the RCAAA provisions is to grant certain charity-like tax advantages to nationwide amateur athletic associations. I do not read the RCAAA provisions to be an exhaustive statement on the charitable status of all sports organizations in all circumstances.

18 Neither the text nor scheme of the Act, nor the legislative purpose in establishing the RCAAA regime suggest that the RCAAA provisions preclude charitable status for non-nationwide sports organizations of all sorts or all descriptions. Rather, Parliament created a clear position for RCAAAs, and left the rest to be determined in accordance with the long-standing practice under the common law.

(b) Redundancy and Incongruity

19 Looking at the scheme of the *ITA*, the government also argues that if the promotion of sport qualified as a charitable purpose, the RCAAA provisions would be rendered both redundant and incongruous. They would be redundant because RCAAAs would be charities so there would be no need for separate RCAAA registration outside of the charity regime.

20 The redundancy argument is based upon the proposition that the common law would recognize a broad, all encompassing definition of amateur sports as qualifying for charitable status. The difficulty with this argument is that it is based on

précité, à la p. 328, le juge Iacobucci. En concluant à l'existence d'une intention non exprimée par le législateur sous couvert d'une interprétation fondée sur l'objet, l'on risque de rompre l'équilibre que le législateur a tenté d'établir dans la Loi.

La même prudence s'impose dans l'examen d'arguments attribuant implicitement aux dispositions relatives aux ACESA un sens qui n'y est pas exprimé, à savoir que ces dispositions empêchent également les organisations sportives non nationales de toutes sortes d'être reconnues comme œuvres de bienfaisance. Le sens précis et sans équivoque qui se dégage de ces dispositions est qu'elles accordent aux associations sportives amateurs œuvrant à l'échelle nationale des avantages fiscaux analogues à ceux des organismes de bienfaisance. On ne peut, selon moi, considérer que ces dispositions constituent un énoncé exhaustif de ce que le statut d'œuvre de bienfaisance confère à toutes les organisations sportives dans toutes les circonstances.

Ni le texte ni l'esprit de la Loi, pas plus que l'objectif législatif de l'établissement du régime applicable aux ACESA ne permettent de conclure que les dispositions relatives aux ACESA empêchent toute organisation sportive non nationale d'obtenir le statut d'œuvre de bienfaisance. Le législateur a plutôt défini clairement la situation des ACESA, en laissant, pour le reste, s'appliquer les principes de common law établis de longue date.

b) Redondance et illogisme

Quant au régime établi par la *LIR*, le gouvernement fait en outre valoir que, si la promotion du sport était reconnue comme fin de bienfaisance, les dispositions relatives aux ACESA deviendraient redondantes et illogiques. Il y aurait, selon lui, redondance parce que, les ACESA étant des organismes de bienfaisance, il ne serait pas nécessaire de prévoir pour eux un système d'enregistrement distinct.

L'argument de la redondance est fondé sur la thèse que la common law reconnaîtrait le caractère de bienfaisance d'activités de sport amateur en fonction d'une définition large et inclusive. Le problème de cet argument provient de ce qu'il repose

a hypothetical assumption of what the common law might recognize. If one hypothesizes that the common law recognition of sports activities was more limited, there is no assurance that RCAAAs would be included. For this reason, I do not find the redundancy argument to be helpful.

The government further argues that a finding that the promotion of sport qualifies as charitable at common law would be incongruous with the RCAAA provisions. This is because an association must be a non-profit organization to qualify as an RCAAA (s. 248(1)) and non-profit organizations cannot, "in the opinion of the Minister", be charities (s. 149(1)(*l*)). Thus, if RCAAAs qualified as charities, they could not qualify as non-profit organizations and hence would be rendered ineligible as RCAAAs. This argument suffers from the same impediment as the redundancy argument. It is based on an assumption about the scope of the amateur sporting activity that the common law would recognize as qualifying for charitable status. Again, I do not find that this argument advances the analysis.

Thus, while it is appropriate to look at the overall scheme of the *ITA*, I do not accept the respondent's arguments on redundancy and incongruity.

I therefore conclude that the RCAAA regime of the *ITA* is not a complete code for amateur sporting activities. It is a provision targeted at a narrowly defined class of associations. There is no express indication of an intent to modify the meaning of charity or charitable activities under the *ITA*. Nor is such an intent necessarily implied. The fact that a sports association does not qualify as an RCAAA, does not automatically preclude it from being found to be a charity.

B. *The Determination of Whether an Organization Is "Charitable" for Purposes of the ITA*

In order to be registered as a charity for income tax purposes, an organization must devote all its

sur une supposition de ce qui peut être reconnu en common law. Si l'on formule l'hypothèse que les activités sportives jouiraient d'une reconnaissance plus limitée en common law, il n'est pas certain que les ACESA seraient incluses. C'est pourquoi l'argument de la redondance ne me semble pas utile.

21 Le gouvernement prétend en outre qu'il ne serait pas logique, compte tenu des dispositions relatives aux ACESA, de conclure que la promotion du sport a les qualités d'activité de bienfaisance en common law, du fait que le statut d'ACESA n'est reconnu qu'aux organismes à but non lucratif (par. 248(1)) et que ceux-ci, « de l'avis du ministre », ne sont pas des organismes de bienfaisance (al. 149(1)*l*)). Par conséquent, si les ACESA avaient qualité d'organisme de bienfaisance, elles ne répondraient pas aux conditions pour être organismes à but non lucratif et ne seraient donc pas admissibles comme ACESA. Cet argument présente la même faiblesse que celui de la redondance : il repose sur la supposition que la common law reconnaît aux activités des organisations de sport amateur un caractère de bienfaisance. Encore une fois, j'estime qu'un tel argument ne fait pas avancer l'analyse.

22 Par conséquent, bien qu'il y ait lieu d'examiner le régime global établi par la *LIR*, je ne puis retenir les arguments de redondance et d'illogisme invoqués par l'intimée.

23 Je conclus donc que le régime applicable aux ACESA prévu par la *LIR* n'est pas un code complet en ce qui a trait aux activités de sport amateur. Il vise une catégorie d'associations bien circonscrite. On n'y relève aucune intention expresse de modifier le sens d'organisme de bienfaisance ou d'activités de bienfaisance selon la *LIR*. Cette intention n'est pas non plus nécessairement implicite. Le fait qu'une association sportive n'a pas les qualités d'ACESA ne l'empêche pas automatiquement d'être reconnue comme organisme de bienfaisance.

B. *Comment détermine-t-on qu'une organisation est une « œuvre de bienfaisance » au sens de la LIR?*

24 Pour être enregistrée comme œuvre de bienfaisance pour l'application de la *LIR*, l'organisation

resources to "charitable activities carried on by the organization itself" (s. 149.1(1)). As the *ITA* does not define "charitable activities", its meaning is determined by reference to the common law. This Court considered the definition of charity under the *ITA* and at common law in *Vancouver Society*. Iacobucci J., for the majority, noted that the common law definition of charity developed in the context of trust law which focusses on "charitable purposes" rather than "charitable activities" (para. 144). However, he found, at para. 152, that it is really the *purpose* in furtherance of which an activity is carried out, and not the character of the activity itself, that determines whether or not it is "charitable":

Another [problem with the standard in s. 149.1(1)] is its focus on "charitable activities" rather than purposes. The difficulty is that the character of an activity is at best ambiguous; for example, writing a letter to solicit donations for a dance school might well be considered charitable, but the very same activity might lose its charitable character if the donations were to go to a group disseminating hate literature. In other words, it is really the purpose in furtherance of which an activity is carried out, and not the character of the activity itself, that determines whether or not it is of a charitable nature. Accordingly, this Court held in *Guaranty Trust*, *supra*, that the inquiry must focus not only on the activities of an organization but also on its purposes.

25 The cases on charity often start by citing the preamble to the *Charitable Uses Act, 1601* (Eng.), 43 Eliz. 1, c. 4 (commonly referred to as the *Statute of Elizabeth* or the *Statute of Charitable Uses*) which listed various activities deemed to be charitable. A modern English rendition is as follows:

. . . relief of aged, impotent, and poor people; the maintenance of sick and maimed soldiers and mariners, schools of learning, free schools, and scholars in universities; the repair of bridges, ports, havens, causeways, churches, sea banks and highways; the education and preferment of orphans; the relief, stock, or maintenance of houses of correction; marriages of poor maids;

doit consacrer « la totalité [de ses] ressources [. . .] à des activités de bienfaisance qu'elle mène elle-même » (par. 149.1(1)). Comme la *LIR* ne définit pas les « activités de bienfaisance », il faut recourir à la common law pour déterminer le sens à donner à ce terme. Dans *Vancouver Society*, la Cour a examiné la définition de bienfaisance selon la *LIR* et selon la common law. Exprimant l'opinion majoritaire de la Cour, le juge Iacobucci a expliqué qu'en common law la définition s'est élaborée dans le contexte du droit des fiducies, où l'accent est mis sur les « fins de bienfaisance » plutôt que sur les « activités de bienfaisance » (par. 144). Il a toutefois indiqué, au par. 152, que c'est en réalité la *fin* pour laquelle une activité est exercée, et non le caractère de l'activité elle-même, qui détermine s'il s'agit d'une activité de « bienfaisance » :

. . . l'accent qui est mis sur les « activités de bienfaisance » plutôt que sur les fins en est un autre [problème que présente la norme établie par le par. 149.1(1)]. La difficulté est que le caractère d'une activité est, au mieux, ambigu. Par exemple, même si la rédaction d'une lettre sollicitant des dons au profit d'une école de danse pourrait bien être considérée comme une activité de bienfaisance, cette même activité pourrait perdre ce caractère si les dons devaient aller à un groupe diffusant de la littérature haineuse. Autrement dit, c'est en réalité la fin pour laquelle une activité est exercée, et non le caractère de l'activité elle-même, qui détermine s'il s'agit d'une activité de bienfaisance. En conséquence, dans l'arrêt *Guaranty Trust*, précité, notre Cour a décidé que l'examen doit porter non seulement sur les activités d'un organisme, mais aussi sur les fins qu'il poursuit.

En matière d'organismes de bienfaisance, les décisions commencent souvent par la citation du préambule de la *Charitable Uses Act, 1601* (Angl.), 43 Eliz. 1, ch. 4 (communément appelée *Statute of Elizabeth* ou *Statute of Charitable Uses*), qui énumère diverses activités réputées être des activités de bienfaisance et dont le libellé contemporain pourrait être le suivant :

[TRADUCTION] . . . soulager les personnes âgées, les infirmes ou les pauvres; pourvoir aux besoins des soldats et des marins malades ou invalides; subventionner les établissements scolaires, les écoles gratuites et les boursiers étudiant dans les universités; réparer les ponts, les ports, les havres, la chaussée, les églises, le littoral et les grandes routes; faire élever et instruire les

supportation, aid, and help of young tradesmen, handicraftsmen, and persons decayed; the relief or redemption of prisoners or captives; and the aid or ease of any poor inhabitants concerning payments of fifteens, setting out of soldiers, and other taxes.

(*Vancouver Society*, at para. 31)

Although neither exhaustive nor binding, this provides a list of examples of charitable purposes that courts might recognize.

The *Statute of Elizabeth*'s list was refined into a categorical approach in *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax v. Pemsel*, [1891] A.C. 531 (H.L.). *Pemsel* (at p. 583) set up a scheme of four classified heads under which recognized charitable purposes must fall: (1) the relief of poverty; (2) the advancement of education; (3) the advancement of religion and (4) certain other purposes beneficial to the community, not falling under any of the preceding heads. The *Pemsel* approach has been adopted by this Court (*The King v. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 S.C.R. 76; *Guaranty Trust Co. of Canada v. Minister of National Revenue*, [1967] S.C.R. 133; *Vancouver Society*, at para. 147).

As A.Y.S.A. does not claim to fall under any of the first three *Pemsel* heads, it is the fourth head that is relevant to the case at bar. In *Vancouver Society*, the majority held that under the fourth head, the purposes of the organization must be of (a) "public benefit" or "beneficial to the community" and (b) "in a way the law regards as charitable" (para. 176). Recognizing that this reasoning was circular and that the law was not clear, Iacobucci J., at para. 177, adopted the following test from *D'Aguiar v. Guyana Commissioner of Inland Revenue*, [1970] T.R. 31, at p. 33:

[The Court] must first consider the trend of those decisions which have established certain objects as charitable under this heading, and ask whether, by reasonable extension or analogy, the instant case may be considered to be in line with these. Secondly, it must examine

orphelins; venir en aide aux maisons de correction, leur fournir des provisions ou les subventionner; doter les jeunes filles pauvres; fournir une aide aux jeunes commerçants, aux artisans et aux personnes ruinées; soulager ou délivrer les prisonniers, et aider ou soulager tous les citoyens pauvres relativement au paiement de la taxe d'un quinzième, de l'impôt pour la levée des armées et d'autres taxes.

(*Vancouver Society*, par. 31)

Bien que cet énoncé ne soit ni exhaustif ni obligatoire, il fournit des exemples de fins de bienfaisance susceptibles d'être reconnues par les tribunaux.

26 L'arrêt *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax c. Pemsel*, [1891] A.C. 531 (H.L.), a transformé cette liste en classification (p. 583), établissant quatre catégories auxquelles doivent se rattacher les fins de bienfaisance : (1) le soulagement de la pauvreté, (2) la promotion de l'éducation, (3) la promotion de la religion et (4) les autres fins utiles à la société ne relevant pas des catégories précitées. La Cour a adopté les principes formulés par *Pemsel* dans *The King c. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 R.C.S. 76; *Guaranty Trust Co. of Canada c. Minister of National Revenue*, [1967] R.C.S. 133; *Vancouver Society*, par. 147.

27 L'A.Y.S.A. ne se réclamant d'aucune des trois premières catégories de *Pemsel*, c'est la quatrième qui s'applique en l'espèce. Dans *Vancouver Society*, les juges majoritaires ont indiqué que les fins relevant de la quatrième catégorie doivent servir « l'intérêt du public » ou être « utile[s] à la collectivité » « d'une façon à laquelle la loi reconnaît un caractère charitable » (par. 176). Reconnaissant qu'il s'agissait là d'un raisonnement circulaire et que le droit manquait de clarté, le juge Iacobucci a adopté, au par. 177, le critère suivant tiré de *D'Aguiar c. Guyana Commissioner of Inland Revenue*, [1970] T.R. 31, p. 33 :

[TRADUCTION] Premièrement, [le tribunal] doit considérer la tendance qui se dégage des décisions qui ont reconnu certaines fins comme étant des fins de bienfaisance au sens de la quatrième catégorie et se demander si, par extension ou analogie raisonnable, le cas à

certain accepted anomalies to see whether they fairly cover the objects under consideration. Thirdly — and this is really a cross-check upon the others — it must ask whether, consistently with the objects declared, the income and property in question can be applied for purposes clearly falling outside the scope of charity; if so, the argument for charity must fail.

l'étude est semblable aux précédents. Deuxièmement, il doit examiner certaines anomalies acceptées pour voir si elles couvrent les fins en cause. Troisièmement, — et c'est vraiment un contrôle par recoupement des autres — il doit se demander si, en conformité avec les fins déclarées, le revenu et les biens en question peuvent être affectés à des fins clairement étrangères à la notion de bienfaisance; dans l'affirmative, l'argument qu'il s'agit de fins de bienfaisance ne peut être retenu.

Iacobucci J. then added to the test:

Le juge Iacobucci a ensuite complété ainsi le critère :

To this I would add the general requirement, outlined in *Verge v. Somerville*, *supra*, at p. 499, that the purpose must also be "for the benefit of the community or of an appreciably important class of the community" rather than for private advantage.

À cela, j'ajouterais la condition générale, énoncée dans l'arrêt *Verge c. Somerville*, précité, à la p. 499, que la fin doit également servir « l'intérêt de la communauté ou d'un groupe d'une certaine importance » plutôt que des intérêts privés.

28 Iacobucci J. discussed two further points that are also of relevance to the present appeal. First, he noted that applying the *Pemsel* approach often proves a daunting task and it is difficult to articulate how the law of charities is to keep moving in a manner consistent with the common law. He emphasized, however, at para. 150, that there are limits to the law reform that may be undertaken by the courts, citing *Salituro*, at p. 670:

Le juge Iacobucci a aussi examiné deux autres points également pertinents pour le présent pourvoi. Premièrement, il a fait remarquer que l'application des principes formulés dans *Pemsel* s'avère souvent une tâche extrêmement ardue et qu'il est difficile de veiller à ce que le droit relatif aux organismes de bienfaisance évolue d'une manière qui soit compatible avec la nature de la common law. Il a toutefois souligné, au par. 150, que des limites s'imposent aux tribunaux en matière de réforme du droit, citant *Salituro*, p. 670 :

Judges can and should adapt the common law to reflect the changing social, moral and economic fabric of the country. Judges should not be quick to perpetuate rules whose social foundation has long since disappeared. Nonetheless, there are significant constraints on the power of the judiciary to change the law. As McLachlin J. indicated in *Watkins*, *supra*, in a constitutional democracy such as ours it is the legislature and not the courts which has the major responsibility for law reform; and for any changes to the law which may have complex ramifications, however necessary or desirable such changes may be, they should be left to the legislature. The judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society. [Emphasis added.]

Les juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. Ils ne doivent pas s'empresser de perpétuer des règles dont le fondement social a depuis longtemps disparu. D'importantes contraintes pèsent cependant sur le pouvoir des tribunaux de changer le droit. Comme le juge McLachlin l'a souligné dans l'arrêt *Watkins*, précité, en régime de démocratie constitutionnelle comme le nôtre, c'est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la responsabilité principale; et tout changement qui risquerait d'entraîner des conséquences complexes devrait, aussi nécessaire ou souhaitable soit-il, être laissé au législateur. Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société. [Je souligne.]

When courts consider expanding the definition of charity, therefore, they must consider whether what is being proposed is an incremental change, or one

Ainsi, avant d'élargir la définition d'organisme de bienfaisance, les tribunaux doivent se demander si le changement proposé est progressif ou s'il risque

with more complex ramifications that is better left to the legislature.

Secondly, looking at the scheme of the *ITA*, Iacobucci J. noted the distinction between non-profit organizations and charitable organizations:

. . . given that the present appeal concerns the definition of a charitable organization for the purposes of the *ITA*, it is imperative to preserve the distinction that the *ITA* makes between charitable and non-profit organizations. Non-profit organizations, according to s. 149(1)(*l*), include

> a club, society or association that, in the opinion of the Minister, was not a charity within the meaning assigned by subsection 149.1(1) and that was organized and operated exclusively for social welfare, civic improvement, pleasure or recreation or for any other purpose except profit, no part of the income of which was payable to, or was otherwise available for the personal benefit of, any proprietor, member or shareholder thereof unless the proprietor, member or shareholder was a club, society or association the primary purpose and function of which was the promotion of amateur athletics in Canada;

Therefore according to the *ITA*, it must be possible to have an organization that is "operated exclusively for social welfare" and is not constituted for private advantage, but which is not a charitable organization. The common law of charities must not be interpreted so as to undermine this distinction between non-profit organizations and charitable organizations. [Emphasis added; para. 151.]

In a case involving the meaning of charity for purposes of the *ITA*, we are not applying the common law in a vacuum. It will be necessary to consider not only the common law, but the common law in relation to the scheme of the *ITA*. While I have found that the scheme of the *ITA* does not support interpreting the RCAAA provisions as precluding charitable registration of non-RCAAA sports associations, this does not mean that the scheme of the *ITA* is irrelevant in considering the development of the common law meaning of charity as it applies under the *ITA*.

d'entraîner des conséquences plus complexes, faisant en sorte qu'il vaut mieux le laisser au législateur.

29 Examinant ensuite le régime mis en place par la *LIR*, le juge Iacobucci a fait observer qu'il existait une distinction entre les organismes à but non lucratif et les œuvres de bienfaisance :

. . . comme le présent pourvoi porte sur la définition d'œuvre de bienfaisance pour l'application de la *LIR*, il est impérieux de préserver la distinction que fait cette loi entre les œuvres de bienfaisance et les organisations à but non lucratif. Aux termes de l'al. 149(1)*l*), sont compris parmi les organisations à but non lucratif :

> un cercle ou une association qui, de l'avis du ministre, n'était pas un organisme de bienfaisance au sens du paragraphe 149.1(l) et qui est constitué et administré uniquement pour s'assurer du bien-être social, des améliorations locales, s'occuper des loisirs ou fournir des divertissements, ou exercer toute autre activité non lucrative, et dont aucun revenu n'était payable à un propriétaire, un membre ou un actionnaire, ou ne pouvait par ailleurs servir au profit personnel de ceux-ci, sauf si le propriétaire, le membre ou l'actionnaire était un cercle ou une association dont le but premier et la fonction étaient de promouvoir le sport amateur au Canada;

Par conséquent, suivant la *LIR*, il est possible qu'une organisation ne soit pas constituée pour conférer un avantage personnel et soit « administré[e] uniquement pour s'assurer du bien-être social » sans pour autant être une œuvre de bienfaisance. Les règles de la common law en matière d'organismes de bienfaisance ne doivent pas être interprétées d'une manière qui saperait cette distinction entre les organisations à but non lucratif et les œuvres de bienfaisance. [Je souligne; par. 151.]

30 Dans une affaire mettant en cause la définition de bienfaisance pour l'application de la *LIR*, la common law ne s'applique pas dans le vide. Il faut examiner non seulement la common law, mais aussi la common law par rapport au régime prévu par la *LIR*. Bien que ce régime ne permette pas, selon moi, d'interpréter les dispositions relatives aux ACESA comme interdisant l'enregistrement à titre d'œuvres de bienfaisance des associations de sport amateur ne pouvant prétendre au statut d'ACESA, cela ne lui enlève pas sa pertinence pour l'examen de l'évolution de la définition de bienfaisance en common law dans le contexte de la *LIR*.

31 To summarize, in determining if an organization is charitable under the fourth head of *Pemsel* for purposes of registration under the *ITA*, it will be necessary to consider the trend of cases to decide if the purposes are for a public benefit which the law regards as charitable. It will also be necessary to consider the scheme of the *ITA*. Finally, it is necessary to determine whether what is sought is an incremental change or a reform best left to Parliament.

En résumé, pour déterminer si, pour l'enregistrement prévu par la *LIR*, on a affaire à une œuvre de bienfaisance appartenant à la quatrième catégorie mentionnée dans *Pemsel*, il faudra prendre en compte la jurisprudence afin d'établir si les fins de l'organisme servent l'intérêt du public d'une façon que le droit considère comme ayant un caractère de bienfaisance. Il faudra aussi examiner le régime mis en place pas la *LIR*. Enfin, il faudra déterminer si le changement proposé est progressif ou s'il s'agit d'une réforme qu'il vaut mieux laisser au législateur.

V. Application

V. Application

32 In order to determine if A.Y.S.A. is a charity for purposes of the *ITA*, it is necessary to consider the common law test as it applies in the context of the *ITA*. As stated in *Vancouver Society*, the key question is whether A.Y.S.A.'s purposes meet this test and are for a public benefit in a way which the law regards as charitable. In *Vancouver Society*, Iacobucci J. stated, at para. 176, that "[r]ather than laying claim to public benefit only in a loose or popular sense, it is incumbent upon the Society to explain just how its purposes are beneficial in a way the law regards as charitable." The same applies to A.Y.S.A.

Pour établir si l'A.Y.S.A. est un organisme de bienfaisance pour l'application de la *LIR*, il faut appliquer le critère de common law dans le contexte de la *LIR*. Comme la Cour l'a exposé dans *Vancouver Society*, la question fondamentale est de savoir si les fins poursuivies par l'A.Y.S.A. satisfont à ce critère et servent l'intérêt du public d'une façon que le droit considère comme ayant un caractère de bienfaisance. Dans *Vancouver Society*, par. 176, le juge Iacobucci a écrit : « Plutôt que d'invoquer seulement l'intérêt du public dans un sens large ou commun, l'association doit expliquer en quoi au juste les fins qu'elle poursuit sont utiles d'une façon que le droit considère comme ayant un caractère de bienfaisance. » La même règle s'applique à l'A.Y.S.A.

33 A.Y.S.A. claims its purposes are charitable under this fourth head entitled "certain other purposes beneficial to the community". While it concedes that older English case law supports the contention that "mere sport" cannot be charitable, it argues that the time is ripe for Canadian courts to recognize that the promotion of amateur sports involving the pursuit of physical fitness fits under the final *Pemsel* category. It argues that sport in connection with other purposes has been recognized as charitable, but the time has come for sport to stand on its own.

L'A.Y.S.A. prétend qu'elle poursuit des fins de bienfaisance relevant de la quatrième catégorie, à savoir les « autres fins utiles à la société ». Elle concède que la jurisprudence anglaise plus ancienne étaye l'affirmation que le [TRADUCTION] « simple sport » n'a pas caractère de bienfaisance, mais elle fait valoir que le temps est venu pour les tribunaux canadiens de reconnaître que la promotion de sports amateurs encourageant la mise en forme physique s'inscrit dans la dernière catégorie de *Pemsel*. Elle soutient que l'alliance de fins sportives et d'autres fins a été reconnue comme fin de bienfaisance, mais qu'il est temps de reconnaître les fins sportives comme fins de bienfaisance en elles-mêmes.

First, it is necessary to look to the trend in the cases. Much argument was made at the oral hearing in this case about the meaning of a handful of cases that have considered the charitable status of sporting activities. The government relies on *Re Nottage*, [1895] 2 Ch. 649 (C.A.), and cases which followed it as determining that "mere sport" is not charitable. A.Y.S.A. argued at the hearing that *Re Nottage* should not be read as pronouncing a general common law rule hostile to amateur sport, or that if so, it is "an ancient decision on radically different facts". Cases holding a sports activity to be charitable when connected to other recognized charitable heads such as education (*In re Mariette*, [1915] 2 Ch. 284; *Inland Revenue Commissioners v. McMullen*, [1981] A.C. 1 (H.L.)), and an Ontario case *Re Laidlaw Foundation* (1984), 13 D.L.R. (4th) 491 (Div. Ct.), which distinguished *Re Nottage* and found amateur sport allied to fitness to be charitable can also be cited.

34 Il faut d'abord examiner la tendance jurisprudentielle. Il a été beaucoup question, dans les plaidoiries, de la portée de quelques arrêts examinant si des activités sportives constituaient des activités de bienfaisance. Le gouvernement invoque l'arrêt *Re Nottage*, [1895] 2 Ch. 649 (C.A.), et les décisions subséquentes l'ayant appliqué, et affirme qu'ils établissent qu'un [TRADUCTION] « simple sport » n'a pas caractère de bienfaisance, tandis que l'A.Y.S.A. soutient à l'audience qu'il ne faut pas voir dans cet arrêt l'énoncé d'une règle générale de common law défavorable au sport amateur et que, même si c'était le cas, il s'agit d'une [TRADUCTION] « décision qui date et qui a été rendue en fonction de faits totalement différents ». On peut aussi citer des décisions portant que des activités sportives poursuivent des fins de bienfaisance lorsqu'elles sont liées à d'autres catégories de fins de bienfaisance reconnues, telle l'éducation (*In re Mariette*, [1915] 2 Ch. 284; *Inland Revenue Commissioners c. McMullen*, [1981] A.C. 1 (H.L.)), ainsi qu'une décision ontarienne, *Re Laidlaw Foundation* (1984), 13 D.L.R. (4th) 491 (C. div.), qui a établi une distinction d'avec *Re Nottage* et conclu que la promotion d'une activité de sport amateur jointe à celle de la forme physique constituait une fin de bienfaisance.

Re Nottage, perhaps the seminal case, involved a trust for the purchase of a cup as a prize for yacht racing. In finding that it was not charitable, Lindley L.J. held:

35 *Re Nottage*, qui est peut-être l'arrêt fondateur sur ce point, portait sur une fiducie constituée en vue de l'achat d'une coupe à remettre au vainqueur d'une compétition de voile. Concluant qu'elle n'avait pas caractère de bienfaisance, lord Lindley a exposé :

It is a prize for a mere game. The testator himself tells us what was in his mind: "My object in giving this cup is to encourage the sport of yacht-racing." Now, I should say that every healthy sport is good for the nation — cricket, football, fencing, yachting, or any other healthy exercise and recreation; but if it had been the idea of lawyers that a gift for the encouragement of such exercises is therefore charitable, we should have heard of it before now. . . . I deal with the present case on the broad ground that I am not aware of any authority pointing to the conclusion that a gift for the encouragement of a mere sport can be supported as charitable. [pp. 655-56]

[TRADUCTION] C'est un prix remis pour un simple jeu. Le testateur lui-même a indiqué ce qu'il avait en tête : « En donnant cette coupe, je veux encourager la compétition de voile. » Bien sûr, toute saine activité sportive est bonne pour la nation : le cricket, le football, l'escrime, la voile ou tout autre exercice ou divertissement sain; mais si les hommes de loi avaient pensé qu'un don pour la promotion de tels exercices constituait un acte de bienfaisance, on en aurait entendu parler avant aujourd'hui [. . .] Ma décision découle du fait qu'à ma connaissance, rien dans la jurisprudence n'autorise à conclure qu'un don visant à encourager un simple sport peut être considéré comme un acte de bienfaisance. [p. 655-656]

Similarly, Lopes L.J. held:

Lord Lopes a formulé une conclusion analogue :

I am of opinion that a gift, the object of which is the encouragement of a mere sport or game primarily calculated to amuse individuals apart from the community at large, cannot upon the authorities be held to be charitable, though such sport or game is to some extent beneficial to the public. If we were to hold the gift before us to be charitable we should open a very wide door, for it would then be difficult to say that gifts for promoting bicycling, cricket, football, lawn-tennis, or any outdoor game, were not charitable, for they promote the health and bodily well-being of the community. [p. 656]

36 While in some cases athletic associations have been denied charitable status (e.g. *Inland Revenue Commissioners v. City of Glasgow Police Athletic Association*, [1953] 1 All E.R. 747 (H.L.); *Laing v. Commissioner of Stamp Duties*, [1948] N.Z.L.R. 154 (S.C.)), commentators have described the suggestion that healthy sports generally are not charitable as *obiter* (*Tudor on Charities* (9th ed. 2003), at pp. 116-18; H. Picarda, *The Law and Practice Relating to Charities* (3rd ed. 1999), at p. 128). Other cases have distinguished *Re Nottage* and found sporting activities to be charitable when connected to a purpose falling under one of the first three *Pemsel* heads. For example, in *Mariette*, a gift for sporting facilities at a school was held to be charitable as being for educational purposes. Similarly in *McMullen*, a trust to provide facilities for pupils of schools and universities to play football and other sports was also held to be charitable as part of education.

37 In *Laidlaw*, a case involving the definition of charitable purpose under s. 6*a*(*a*) of the *Charities Accounting Act*, R.S.O. 1980, c. 65, the Ontario High Court of Justice, Divisional Court, distinguished *Re Nottage* and held that the promotion of amateur athletic sport which involves the pursuit of physical fitness may be classified as charitable (p. 523). The definition of charitable purpose in s. 6*a*(*a*) statutorily adopted the *Pemsel* categories,

[TRADUCTION] J'estime que la jurisprudence ne permet pas de conclure qu'un don fait pour encourager un simple sport ou jeu visant principalement à divertir un certain nombre de personnes plutôt que la collectivité en général poursuit une fin de bienfaisance, même s'il revêt une certaine utilité pour le public. En statuant que le don en cause poursuit une fin de bienfaisance nous ouvririons bien largement la porte, car il serait alors difficile de dire que des dons pour la promotion du cyclisme, du cricket, du football, du tennis sur gazon ou de tout autre jeu de plein air ne relèvent pas de la bienfaisance, car ils favorisent la santé et le bien-être physique de la collectivité. [p. 656]

Dans certains cas, des associations sportives se sont vu refuser le statut d'œuvre de bienfaisance (p. ex. *Inland Revenue Commissioners c. City of Glasgow Police Athletic Association*, [1953] 1 All E.R. 747 (H.L.); *Laing c. Commissioner of Stamp Duties*, [1948] N.Z.L.R. 154 (S.C.)), mais, selon des auteurs, les déclarations selon lesquelles les activités sportives n'ont pas caractère de bienfaisance sont des remarques incidentes (*Tudor on Charities* (9e éd. 2003), p. 116-118; H. Picarda, *The Law and Practice Relating to Charities* (3e éd. 1999), p. 128). Dans d'autres décisions, on a établi une distinction d'avec l'affaire *Re Nottage* et jugé que des activités sportives constituaient des activités de bienfaisance si elles étaient liées à des buts relevant de l'une des trois premières catégories établies dans *Pemsel*. Dans *Mariette*, par exemple, le tribunal a reconnu un caractère de bienfaisance à un don destiné à des installations sportives d'une école, considérant qu'il poursuivait une fin éducative. De même dans *McMullen*, on a jugé qu'une fiducie constituée pour l'aménagement d'installations permettant la pratique du football et d'autres sports par des élèves et des étudiants visait des fins de bienfaisance dans le cadre de l'éducation.

Dans *Laidlaw*, qui mettait en cause la définition de fin de bienfaisance à l'al. 6*a.a*) de la *Charities Accounting Act*, R.S.O. 1980, ch. 65, la Haute Cour de justice de l'Ontario (Cour divisionnaire) a différencié l'affaire *Re Nottage* et a statué que la promotion du sport athlétique amateur à des fins de mise en forme physique peut être considérée comme une fin de bienfaisance (p. 523). La définition de fin de bienfaisance à l'al. 6*a.a*) a codifié les

and identified the fourth category of charity as "any purpose beneficial to the community, not falling under subclause (i), (ii) or (iii)" (p. 526). The section did not, however, include the limitation that this must be a purpose recognized by the common law as charitable. This appears to have led the court in *Laidlaw* to adopt a more liberal approach to the definition of charity (p. 528). While that may be appropriate given the statutory definition of charity in the *Charities Accounting Act*, this Court made clear in *Vancouver Society* that, at common law and under the *ITA*, the approach is to analogize from prior cases (at paras. 176-79) and that "[p]ublic benefit alone . . . does not equal charity" (para. 183).

Thus, *Laidlaw* appears to be an anomalous case, based on a statutory provision which adopts only part of the common law test, and inconsistent with this Court's holding in *Vancouver Society* that public benefit alone is not enough. The authors of *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at p. 735, express doubt about whether *Laidlaw* applies beyond the scope of the particular Ontario statute in issue. Furthermore, as they note, "[a]s unsatisfactory as the analogy approach may be, it at least provides some guidance, on the basis of existing cases, as to what falls within the fourth head of charity" (p. 735 (footnote deleted)). I therefore find that *Laidlaw* should be distinguished from the present appeal.

A.Y.S.A. further argues that s. 8.1 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, requires the application of provincial law to the determination of what is charitable under the *ITA* and that the relevant provincial law in this case can be found in the *Laidlaw* decision. However, specific statutory definitions of charity in provincial legislation and decisions dealing with that definition do not dictate the meaning of charity under the *ITA*.

catégories établies dans *Pemsel*; elle décrit ainsi la quatrième catégorie [TRADUCTION] « toute fin favorisant les intérêts de la collectivité et n'étant pas visée par les sous-al. (i), (ii) ou (iii) » (p. 526). Toutefois, cette disposition ne comporte pas de restriction prévoyant qu'il doit s'agir d'une fin reconnue comme fin de bienfaisance en common law, et c'est ce qui semble avoir incité le tribunal, dans *Laidlaw*, à opter pour une interprétation plus libérale de la définition (p. 528). C'est peut-être indiqué vu la définition de fin de bienfaisance prévue par la *Charities Accounting Act*, mais la Cour a clairement fait savoir dans *Vancouver Society* que, en common law et selon la *LIR*, il faut raisonner par analogie avec les décisions antérieures (par. 176-179) et que « le seul fait qu'une fin serve l'intérêt du public ne signifie pas pour autant qu'elle a un caractère de bienfaisance » (par. 183).

38 Ainsi, *Laidlaw* semble être une décision à part, qui repose sur une disposition législative n'incorporant que certains éléments du critère de common law et qui ne va pas dans le sens de la conclusion de la Cour dans *Vancouver Society*, selon laquelle l'utilité pour le public, à elle seule, ne suffit pas. En fait, les auteurs de *Waters' Law of Trusts in Canada* (3e éd. 2005), p. 735, mettent en doute l'applicabilité de *Laidlaw* hors du contexte de la loi ontarienne en cause. De plus, comme ils le signalent, [TRADUCTION] « même si la méthode de l'analogie est insatisfaisante, elle fournit au moins des balises, tirées de la jurisprudence, en ce qui a trait aux fins relevant de la quatrième catégorie » (p. 735 (note en bas de page omise)). Je suis donc d'avis qu'il faut distinguer le présent pourvoi de l'affaire *Laidlaw*.

39 L'A.Y.S.A. soutient aussi que, aux termes de l'art. 8.1 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, il faut se reporter au droit provincial pour établir ce qui a un caractère de bienfaisance au sens de la *LIR* et que le droit provincial applicable en l'espèce est énoncé dans la décision *Laidlaw*. Toutefois, les définitions en matière de bienfaisance énoncées dans des lois provinciales et les décisions s'y rapportant ne sauraient dicter le sens à donner à bienfaisance pour l'application de la *LIR*.

40 While the analysis in *Re Nottage* is rather perfunctory and should not be considered an insurmountable barrier, a common thread in all the decisions (other than *Laidlaw*) is that they accept that participating in sport is generally beneficial, but hold nevertheless that those benefits alone are not enough to make an organization charitable. A.Y.S.A. argues that the common law must adapt because fitness is now recognized as important. But the recognition of the value of exercise and fitness was far from absent in the older cases. The trend of the cases supports the proposition that sport, if ancillary to another recognized charitable purpose such as education, can be charitable, but not sport in itself.

Bien que le raisonnement tenu dans *Re Nottage* soit assez superficiel et qu'il ne puisse être considéré comme irréfutable, il n'en reste pas moins que, exception faite de *Laidlaw*, les décisions en la matière ont considéré que la pratique d'un sport revêt généralement un aspect bénéfique, mais ont statué que ce bienfait à lui seul ne suffisait pas pour établir le caractère de bienfaisance d'un organisme. Selon l'A.Y.S.A., la common law doit évoluer parce que l'importance de la forme physique est maintenant reconnue. Toutefois, la reconnaissance de la valeur de l'exercice et de la forme physique n'était pas du tout absente des affaires antérieures. La tendance qui se dégage de la jurisprudence permet d'affirmer que le sport, s'il est jumelé à une autre fin de bienfaisance reconnue, comme l'éducation, peut avoir un caractère de bienfaisance, mais qu'il ne l'a pas en soi.

41 Although I am sympathetic to the proposition that organizations promoting fitness should be considered charitable, there is no mention of these objects in the Letters Patent of A.Y.S.A. The Letters Patent only refer to promoting soccer and increasing participation in the sport of soccer. A.Y.S.A.'s application to the CRA describes its "main objective" as being "to offer youths in the community the opportunity to develop and hone soccer skills through practice and competition so they can develop pride in their abilities and soccer skills". The application also mentions "physical fitness" and diversion from exposure to "anti-social behaviour". But these are clearly by-products of its main objective, the promotion of soccer. The fact that an activity or purpose happens to have a beneficial by-product is not enough to make it charitable. If every organization that might have beneficial by-products, regardless of its purposes, were found to be charitable, the definition of charity would be much broader than what has heretofore been recognized in the common law.

Bien que je ne sois pas défavorable à l'idée de reconnaître le caractère de bienfaisance aux organisations qui font la promotion de la forme physique, cette fin n'est inscrite nulle part dans les lettres patentes de l'A.Y.S.A. Celles-ci ne mentionnent que la promotion du soccer et l'accroissement de la participation à ce sport. La demande d'enregistrement soumise par l'A.Y.S.A. à l'ARC indique que son [TRADUCTION] « principal objectif » est [TRADUCTION] « d'offrir aux jeunes de la collectivité la possibilité d'acquérir des compétences au soccer et de les perfectionner par l'entraînement et la compétition, de façon qu'ils puissent tirer fierté de leurs habiletés et de leurs talents au soccer ». Il y est aussi question de [TRADUCTION] « forme physique » et de non-exposition aux [TRADUCTION] « comportements antisociaux », mais il s'agit d'effets accessoires à son principal objectif, la promotion du soccer. Le fait qu'une activité ou une fin produise accessoirement un effet bénéfique ne suffit pas à lui conférer un caractère de bienfaisance. Si chaque organisation dont l'activité peut générer des effets accessoires bénéfiques était considérée comme œuvre de bienfaisance, quelles que soient les fins qu'elle poursuit, la définition d'organisme de bienfaisance serait beaucoup plus large que ce qui a été reconnu jusqu'ici en common law.

In referring to A.Y.S.A.'s Letters Patent and application to the CRA, I do not wish to leave the impression that the assessment to be carried out is formalistic in nature. That was the only evidence in the record in this case. But the government is entitled and indeed obliged to look at the substance of the purposes and activities of an applicant for registered charity status. Rewriting the objects in the Letters Patent or filing a carefully worded application will not be sufficient. The organization, in substance, must have as its main objective a purpose and activities that the common law will recognize as charitable. Examples of sporting activity that the government acknowledges would be charitable include therapeutic horseback riding for children with disabilities, or sports camps for children living in poverty. In these examples, the objectives are ones well established as charitable.

42 En mentionnant les lettres patentes et la demande d'enregistrement de l'A.Y.S.A., je ne veux pas donner l'impression que l'examen à effectuer est de nature formaliste. Il s'agissait en l'espèce des seuls éléments de preuve au dossier. Le gouvernement, bien sûr, a le droit, et même l'obligation, d'examiner en substance les fins et les activités de toute entité sollicitant l'enregistrement comme organisme de bienfaisance. Remanier les objets figurant dans les lettres patentes ou soumettre une demande d'enregistrement habilement tournée ne suffiront pas. Il faut essentiellement que l'organisation ait comme principal objectif une fin et des activités que la common law reconnaît comme ayant un caractère de bienfaisance. Au nombre des activités sportives reconnues à ce titre par le gouvernement figurent l'équitation à des fins thérapeutiques pour les enfants handicapés, ou les camps sportifs pour enfants de milieux défavorisés. Il s'agit là d'exemples où le caractère de bienfaisance des fins est bien établi.

In *Vancouver Society*, Iacobucci J. for the majority found that it is imperative to preserve the distinction that the *ITA* makes between charitable and non-profit organizations. Although it might be tempting to consider any non-profit activity for social welfare to be charitable, the *ITA* clearly anticipates that not all non-profit social welfare activities will be charitable. This signals that the scheme of the *ITA* does not support a wide expansion of the definition of charity. The concern expressed in *Vancouver Society* to maintain the distinction between non-profit and charitable organizations, also informs the present appeal.

43 Dans *Vancouver Society*, le juge Iacobucci, au nom des juges majoritaires, a conclu qu'il était impératif de préserver la distinction établie dans la *LIR* entre œuvres de bienfaisance et organismes à but non lucratif. Il peut être tentant de considérer comme activité de bienfaisance toute activité sans but lucratif accomplie en vue du bien-être social, mais il ressort clairement de la *LIR* que de telles activités ne sont pas toutes des activités de bienfaisance. Le régime prévu par la *LIR* ne saurait donc fonder une large extension de la définition d'organisme de bienfaisance. Le souci exprimé dans *Vancouver Society* de maintenir la distinction entre organisme à but non lucratif et organisme de bienfaisance intervient également dans le présent pourvoi.

Finally, it is necessary to consider whether what is proposed is an incremental change. A.Y.S.A. argues that as some sporting organizations are already charities, it would be incremental to broaden charitable status to youth amateur fitness sports. The government submits that 21 percent of all non-profit organizations in the country are sports and recreation organizations, and that the potential recognition of these organizations

44 Enfin, il faut examiner si le changement proposé est progressif. Selon l'A.Y.S.A., puisque des organisations sportives sont déjà enregistrées comme organismes de bienfaisance, l'extension du statut d'œuvre de bienfaisance aux organisations de sport amateur pour jeunes constituerait un changement progressif. Le gouvernement fait valoir que les organisations sportives et récréatives représentent 21 p. 100 des organisations à but non lucratif et

as charities could have a significant impact on the income tax system. I agree with the government that this would seem to be closer to wholesale reform than incremental change, and is best left to Parliament. While it may be desirable as a matter of policy to give sports associations the tax advantages of charitable status, it is a task better suited to Parliament than the courts. In this regard, I note that in the United Kingdom, the charitable status of "the advancement of amateur sport" was brought about through statute (*Charities Act 2006* (U.K.), 2006, c. 50, s. 2(2)(*g*)). As stated by the majority in *Vancouver Society*, substantial change in the definition of charity must come from the legislature rather than the courts.

que la reconnaissance de ces organisations comme organismes de bienfaisance pourrait avoir de profondes incidences sur le régime fiscal. Je conviens avec le gouvernement qu'une telle reconnaissance relève davantage d'une réforme globale que d'un changement progressif et qu'elle est du ressort du législateur. Bien que sur le plan des principes il puisse être souhaitable que les associations sportives jouissent des avantages fiscaux découlant du statut d'œuvre de bienfaisance, le législateur est mieux placé que les tribunaux pour décider en la matière. Je signale, à cet égard, qu'au Royaume-Uni la [TRADUCTION] « promotion du sport amateur » a été reconnue comme fin de bienfaisance par le législateur (*Charities Act 2006* (R.-U.), 2006, ch. 50, al. 2(2)*g*)). Comme les juges majoritaires l'ont exprimé dans *Vancouver Society*, il appartient au législateur et non aux tribunaux d'apporter des changements substantiels dans la définition d'organisme de bienfaisance.

VI. Conclusion

VI. Conclusion

45 I find that A.Y.S.A. does not qualify for registration as a charity under s. 248(1) of the *ITA* because its purposes and activities are not charitable. Therefore, I would dismiss the appeal with costs.

J'estime que l'A.Y.S.A. ne remplit pas les conditions requises pour être enregistrée comme organisme de bienfaisance en vertu du par. 248(1) de la *LIR*, parce que ni ses fins ni ses activités n'ont le caractère voulu. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

46 ABELLA J. — The issue in this appeal is whether A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association, which operates exclusively at the provincial level, can qualify as a "registered charity" under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.). If it can, it is entitled to receive both income tax exemption under s. 149(1)(*f*) of the Act and the ability to issue tax receipts for donations under ss. 110.1(1), 118.1(1) and 118.1(3). If it does not qualify, it can only claim the tax exemption to which it is entitled as a "non-profit organization" pursuant to s. 149(1)(*l*).

LA JUGE ABELLA — Il s'agit de décider en l'espèce si l'A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association, qui œuvre exclusivement à l'échelle provinciale, a les qualités d'« organisme de bienfaisance enregistré » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^{e} suppl.). Dans l'affirmative, elle a droit à l'exemption fiscale prévue à l'al. 149(1)*f*) de la Loi et elle peut délivrer des reçus officiels pour dons selon les par. 110.1(1), 118.1(1) et 118.1(3). Dans la négative, elle ne peut réclamer que l'exemption fiscale à laquelle elle a droit en sa qualité d'« organisation à but non lucratif » au sens de l'al. 149(1)*l*).

47 My colleague Justice Rothstein concludes that A.Y.S.A. cannot qualify as a "registered charity",

Mon collègue le juge Rothstein conclut que l'A.Y.S.A. ne peut être traitée comme « organisme

through an application of the common law test developed by the House of Lords in *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax v. Pemsel*, [1891] A.C. 531. In my view, with great respect, resort to the common law test for determining what is a charity is unnecessary. I agree with the Federal Court of Appeal that the registered Canadian amateur athletic association ("RCAAA") provisions of the *Income Tax Act* prevent A.Y.S.A. from being treated as a charity under the *Income Tax Act*.

de bienfaisance enregistré » par l'application du critère de common law établi par la Chambre des lords dans *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax c. Pemsel*, [1891] A.C. 531. J'estime qu'il n'y a pas lieu de recourir au critère de common law, soit dit en tout respect, pour définir ce qu'est un organisme de bienfaisance. Je conviens avec la Cour d'appel fédérale que les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relatives aux associations canadiennes enregistrées de sport amateur (« ACESA ») empêchent de traiter l'A.Y.S.A. comme organisme de bienfaisance pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Under s. 248(1) of the *Income Tax Act*, a "registered charity" is defined to include "a charitable organization, private foundation or public foundation, within the meanings assigned by subsection 149.1(1)". Section 149.1(1) defines a "charitable organization" as an organization "all the resources of which are devoted to charitable activities carried on by the organization itself". "Charitable activities" itself is not defined. As a result, as this Court held in *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women v. M.N.R.*, [1999] 1 S.C.R. 10, the *Income Tax Act* "implicitly relies upon the common law for guidance" (para. 143).

48 Selon le par. 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, un « organisme de bienfaisance enregistré » s'entend notamment d'une « œuvre de bienfaisance, fondation privée ou fondation publique, au sens du paragraphe 149.1(1) ». Le paragraphe 149.1(1) définit l'« œuvre de bienfaisance » comme une œuvre « dont la totalité des ressources est consacrée à des activités de bienfaisance qu'elle mène elle-même ». Le terme « activités de bienfaisance » n'est pas défini comme tel. Par conséquent, comme la Cour l'a conclu dans *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. M.R.N.*, [1999] 1 R.C.S. 10, la *Loi de l'impôt sur le revenu* « s'en remet implicitement aux indications de la common law à cet égard » (par. 143).

However, reliance on the common law is not necessary in this case. In 1972, when the RCAAA provisions were enacted, the common law was clear. The promotion of amateur sport was not a charitable purpose. Against this backdrop, Parliament introduced the RCAAA scheme into the *Income Tax Act* to confer charity-like tax benefits only on certain amateur athletic associations, namely, those whose primary focus is national. RCAAAs receive income tax exemption under s. 149(1)(*l*) and the ability to issue tax receipts for donations under ss. 110.1(1), 118.1(1) and 118.1(3), the same tax benefits enjoyed by charities.

49 Or, il n'est pas nécessaire en l'espèce de recourir à la common law. En 1972, lors de l'adoption des dispositions relatives aux ACESA, la common law était claire : la promotion du sport amateur ne constituait pas une fin de bienfaisance. Dans ce contexte, le législateur a introduit le régime applicable aux ACESA dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vue d'accorder des avantages fiscaux semblables à ceux offerts aux organismes de bienfaisance, mais seulement à certaines associations de sport amateur, à savoir celles qui œuvrent principalement à l'échelle nationale. La Loi accorde donc aux ACESA les exemptions fiscales prévues à l'al. 149(1)*l*) et le pouvoir de délivrer des reçus officiels pour dons en application des par. 110.1(1), 118.1(1) et 118.1(3), soit les mêmes avantages fiscaux que ceux dont bénéficient les organismes de bienfaisance.

50 Under s. 248(1), a RCAAA is defined as "an association that was created under any law in force in Canada, that is resident in Canada and that (*a*) is a person described in paragraph 149(1)(*l*), and (*b*) has, as its primary purpose and its primary function, the promotion of amateur athletics in Canada on a nation-wide basis".

51 The second aspect of this definition is determinative in this case. Paragraph (*b*) of the definition provides that a RCAAA must promote amateur athletics in Canada on a "nation-wide basis". This reflects a clear policy choice on the part of Parliament to restrict the extension of charity-like tax benefits to national amateur athletic associations.

52 The legislative history of the RCAAA provisions confirms that Parliament specifically put its mind to drawing a distinction between amateur athletic associations operating on a national level and those that operate on a regional or provincial one. In April 1970, during the budget debate, MP Judd Buchanan criticized the White Paper's recommendation that charitable donations be restricted to national organizations:

> I would urge that the charitable deductibility clauses not be as restrictive as is suggested in the white paper on tax reform, which proposes that national amateur athletic associations only be added to the list of eligible charitable organizations. I believe that many local organizations are deserving of the same treatment and support.
>
> (*House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 28th Parl., April 23, 1970, at p. 6235)

53 The issue was raised again the following year during debates on Bill C-259, which enacted the RCAAA scheme, when MP Marcel Lambert stated the following:

> The organizations to which deductible donations may be made have been broadened in scope to include registered Canadian amateur athletic associations, though these must be of a national character. I think this will

Le paragraphe 248(1) définit ainsi l'ACESA : « Association, résidant au Canada, qui est constituée en vertu d'une loi en vigueur au Canada et qui présente les caractéristiques suivantes : *a*) il s'agit d'une personne visée à l'alinéa 149(1)*l*); *b*) son but premier et sa mission principale consistent à promouvoir le sport amateur au Canada à l'échelle nationale ».

Le deuxième volet de cette définition est déterminant en l'espèce. L'alinéa *b*) prévoit que l'ACESA doit promouvoir le sport amateur au Canada à l'« échelle nationale ». Cette disposition exprime clairement la décision du législateur de n'accorder des avantages fiscaux semblables à ceux offerts aux organismes de bienfaisance qu'aux associations nationales de sport amateur.

L'historique législatif des dispositions relatives aux ACESA confirme que le législateur s'est particulièrement appliqué à établir une distinction entre les associations de sport amateur œuvrant à l'échelle nationale et celles dont les activités s'exercent à un niveau régional ou provincial. En avril 1970, pendant le débat sur le budget, le député Judd Buchanan a critiqué la recommandation du Livre blanc qu'il fallait limiter les dons de bienfaisance aux organismes nationaux :

> J'aimerais que les dispositions accordant une déduction d'impôt, au titre des dons de charité, ne soient pas aussi restrictives que le suggère le Livre blanc sur la réforme fiscale. Il propose en effet d'ajouter seulement à la liste des organisations prévues les associations nationales d'athlétisme amateur. Je pense qu'il y a beaucoup d'organisations locales qui méritent d'être pareillement traitées et encouragées.
>
> (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2e sess., 28e lég., 23 avril 1970, p. 6235)

L'année suivante, lors des débats sur le projet de loi C-259 qui a introduit le régime applicable aux ACESA, la question a de nouveau été soulevée quand le député Marcel Lambert a déclaré :

> On a élargi l'éventail des organismes auxquels peuvent être faits des dons déductibles afin d'y inclure les associations canadiennes d'athlétisme amateur. Mais ces associations doivent avoir un caractère national. Là

also bring us up against difficulties in interpretation; or, shall I say, some people will be terribly disappointed.

(*House of Commons Debates*, vol. IX, 3rd Sess., 28th Parl., October 25, 1971, at p. 9009)

Nonetheless, Parliament decided to confer charity-like tax benefits only on *national* amateur athletic associations. This appears to have been driven at least in part by administrative concerns. In *Maccabi Canada v. M.N.R.*, 98 D.T.C. 6526, the Federal Court of Appeal noted that Parliament's intent was to "ensure that the issuing of receipts to donators would come from a single organization at the national level and that Revenue Canada would not have to interface with a myriad of provincial, regional and local organizations" (para. 8).

At the same time, however, Parliament amended the definition of "non-profit organizations" in s. 149(1)(*l*) to ensure that RCAAAs could support, through funding, their regional and local members.

The concept of "charity" may be a unique beast in the *Income Tax Act*, but it is nevertheless a caged one. The cage in this case is the RCAAA statutory scheme. Those provisions explicitly confer charity-like benefits only on amateur athletic associations with a national focus. Parliament's intention to exclude all other amateur athletic associations could hardly be clearer. In view of this explicit statutory directive, there is no need to seek clarification from the common law.

The conclusion that the RCAAA provisions provide the exclusive framework for the conferral of charity-like tax benefits on amateur athletic associations, is not based on legislative silence. It is based on the wording of those provisions, and in particular the "nation-wide" requirement in the definition

aussi, je pense qu'il y aura des difficultés d'interprétation; ou, disons, qu'il y aura des gens qui seront terriblement déçus.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 3e sess., 28e lég., 25 octobre 1971, p. 9009)

54 Le législateur a néanmoins décidé de n'accorder des avantages fiscaux semblables à ceux offerts aux organismes de bienfaisance qu'aux associations *nationales* de sport amateur. Il semble que cette décision ait été motivée, du moins en partie, par des préoccupations administratives. Dans *Maccabi Canada c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [1998] A.C.F. nº 896 (QL), la Cour d'appel fédérale fait observer que l'intention du législateur était de « faire en sorte que les reçus délivrés aux donateurs émanent d'une seule organisation au niveau national, et que Revenu Canada n'ait pas à traiter avec une multitude d'organisations provinciales, régionales et locales » (par. 8).

55 Par ailleurs, le législateur a modifié la définition d'« organisations à but non lucratif » à l'al. 149(1)*l*) afin que les ACESA puissent appuyer, par des subventions, leurs membres régionaux et locaux.

56 La notion de « bienfaisance » constitue peut-être un concept unique dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais son champ d'application est néanmoins bien encadré. Ce cadre est établi par le régime législatif applicable aux ACESA. Ces dispositions accordent explicitement, mais seulement aux associations de sport amateur qui œuvrent principalement à l'échelle nationale, des avantages fiscaux semblables à ceux offerts aux organismes de bienfaisance. L'intention du législateur d'exclure toutes les autres associations de sport amateur ne saurait être plus claire. Compte tenu de cette intention législative explicite, il est inutile de chercher des précisions dans la common law.

57 La conclusion que les dispositions relatives aux ACESA constituent le cadre exclusif qui permet de conférer aux associations de sport amateur des avantages fiscaux semblables à ceux offerts aux organismes de bienfaisance n'est pas fondée sur le silence du législateur. Elle repose sur le texte de ces

section, as well as on the legislative history and the common law as it existed when those provisions were introduced, all of which argue for interpreting the RCAAA provisions as occupying the field.

58 Whether the common law can be said to have evolved to include amateur athletic associations is, with respect, only of assistance in the face of a statutory vacuum. Any such vacuum for amateur athletic associations was filled by the enactment of the RCAAA provisions. Because A.Y.S.A. operates exclusively at the provincial level, it has been denied access, by statute, to charitable status, a denial the common law is powerless to overcome.

59 I would dismiss the appeal.

APPENDIX

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

110.1 (1) [Deduction for gifts] For the purpose of computing the taxable income of a corporation for a taxation year, there may be deducted such of the following amounts as the corporation claims:

(*a*) the total of all amounts each of which is the fair market value of a gift (other than a gift described in paragraph (*b*), (*c*) or (*d*)) made by the corporation in the year or in any of the 5 preceding taxation years to

(i) a registered charity,

(ii) a registered Canadian amateur athletic association,

(iii) a corporation resident in Canada and described in paragraph 149(1)(*i*),

(iv) a municipality in Canada,

(v) the United Nations or an agency thereof,

(vi) a university outside Canada that is prescribed to be a university the student body of which ordinarily includes students from Canada,

dispositions, en particulier sur l'exigence d'œuvrer à l'« échelle nationale » selon l'article des définitions ainsi que sur l'historique législatif et sur l'état de la common law au moment de leur adoption, le tout appuyant une interprétation des dispositions relatives aux ACESA selon laquelle celles-ci occupent le champ de compétence.

La question de savoir si on peut prétendre que la common law a évolué de sorte qu'elle inclue les associations de sport amateur n'est utile, soit dit en tout respect, que dans le cas d'un vide juridique. Ce vide, s'il existe à l'égard des associations de sport amateur, a été comblé par l'adoption des dispositions relatives aux ACESA. Comme l'A.Y.S.A. œuvre exclusivement à l'échelle provinciale, la loi lui refuse le statut d'œuvre de bienfaisance, refus que la common law ne saurait renverser.

Je serais d'avis de rejeter le pourvoi.

ANNEXE

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.)

110.1 (1) [Déductions pour dons applicables aux sociétés] Les montants suivants peuvent être déduits par une société dans le calcul de son revenu imposable pour une année d'imposition :

a) le total des montants représentant chacun la juste valeur marchande d'un don (sauf celui visé aux alinéas *b*), *c*) ou *d*)) que la société a fait au cours de l'année ou d'une des cinq années d'imposition précédentes à l'une des personnes suivantes :

(i) un organisme de bienfaisance enregistré,

(ii) une association canadienne enregistrée de sport amateur,

(iii) une société résidant au Canada et visée à l'alinéa 149(1)*i*),

(iv) une municipalité du Canada,

(v) l'Organisation des Nations Unies ou une institution qui y est reliée,

(vi) une université située à l'étranger, visée par règlement, qui compte d'ordinaire, parmi ses étudiants, des étudiants venus du Canada,

(vii) a charitable organization outside Canada to which Her Majesty in right of Canada has made a gift in the year or in the 12-month period preceding the year, or

(viii) Her Majesty in right of Canada or a province,

not exceeding the lesser of the corporation's income for the year and the amount determined by the formula

$$0.75A + 0.25 (B + C + D)$$

where

A is the corporation's income for the year computed without reference to subsection 137(2),

B is the total of all amounts each of which is a taxable capital gain of the corporation for the year from a disposition that is the making of a gift made by the corporation in the year and described in this paragraph,

C is the total of all amounts each of which is a taxable capital gain of the corporation for the year, because of subsection 40(1.01), from a disposition of a property in a preceding taxation year, and

D is the total of all amounts each of which is determined in respect of the corporation's depreciable property of a prescribed class and equal to the lesser of

(A) the amount included under subsection 13(1) in respect of the class in computing the corporation's income for the year, and

(B) the total of all amounts each of which is determined in respect of a disposition that is the making of a gift of property of the class made by the corporation in the year that is described in this paragraph and equal to the lesser of

(I) the proceeds of disposition of the property minus any outlays and expenses to the extent that they were made or incurred by the corporation for the purpose of making the disposition, and

(II) the capital cost to the corporation of the property;

. . .

(vii) une œuvre de bienfaisance située à l'étranger à laquelle Sa Majesté du chef du Canada a fait un don au cours de l'année ou des douze mois précédant cette année,

(viii) Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province;

ce total ne peut toutefois dépasser le revenu de la société pour l'année ou, s'il est inférieur, le résultat du calcul suivant :

$$0,75A + 0,25 (B + C + D)$$

où :

A représente le revenu de la société pour l'année, calculé compte non tenu du paragraphe 137(2),

B le total des montants représentant chacun un gain en capital imposable de la société pour l'année provenant d'une disposition qui consiste, pour elle, à faire au cours de l'année un don visé au présent alinéa,

C le total des montants représentant chacun un gain en capital imposable de la société pour l'année, par l'effet du paragraphe 40(1.01), tiré de la disposition d'un bien effectué au cours d'une année d'imposition antérieure,

D le total des montants représentant chacun le moins élevé des montants suivants, déterminé relativement aux biens amortissables d'une catégorie prescrite de la société :

(A) le montant inclus selon le paragraphe 13(1), relativement à la catégorie, dans le calcul du revenu de la société pour l'année,

(B) le total des montants représentant chacun le moins élevé des montants suivants, déterminé relativement à une disposition qui consiste, pour la société, à faire au cours de l'année un don, visé au présent alinéa, d'un bien de la catégorie :

(I) le produit de disposition du bien diminué des dépenses engagées ou effectuées dans la mesure où la société les a engagées ou effectuées en vue d'effectuer la disposition,

(II) le coût en capital du bien pour la société;

. . .

118.1 (1) [Definitions] In this section,

. . .

"total charitable gifts" [« *total des dons de bienfaisance* »] of an individual for a taxation year means the total of all amounts each of which is the fair market value of a gift (other than a gift the fair market value of which is included in the total Crown gifts, the total cultural gifts or the total ecological gifts of the individual for the year) made by the individual in the year or in any of the 5 immediately preceding taxation years (other than in a year for which a deduction under subsection 110(2) was claimed in computing the individual's taxable income) to

(*a*) a registered charity,

(*b*) a registered Canadian amateur athletic association,

(*c*) a housing corporation resident in Canada and exempt from tax under this Part because of paragraph 149(1)(*i*),

(*d*) a Canadian municipality,

(*e*) the United Nations or an agency thereof,

(*f*) a university outside Canada that is prescribed to be a university the student body of which ordinarily includes students from Canada,

(*g*) a charitable organization outside Canada to which Her Majesty in right of Canada has made a gift during the individual's taxation year or the 12 months immediately preceding that taxation year, or

(*g*.1) Her Majesty in right of Canada or a province,

to the extent that those amounts were

(*h*) not deducted in computing the individual's taxable income for a taxation year ending before 1988, and

(*i*) not included in determining an amount that was deducted under this section in computing the individual's tax payable under this Part for a preceding taxation year;

. . .

118.1 (1) [Définitions] Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

. . .

« total des dons de bienfaisance » ["*total charitable gifts*"] Quant à un particulier pour une année d'imposition, le total des montants représentant chacun la juste valeur marchande d'un don (à l'exclusion de celui dont la juste valeur marchande est incluse dans le total des dons à l'État, le total des dons de biens culturels ou le total des dons de biens écosensibles du particulier pour l'année) qu'il a fait au cours de l'année ou d'une des cinq années d'imposition précédentes (mais non au cours d'une année pour laquelle il a demandé une déduction en application du paragraphe 110(2) dans le calcul de son revenu imposable) aux entités suivantes, dans la mesure où ces montants n'ont été ni déduits dans le calcul de son revenu imposable pour une année d'imposition se terminant avant 1988, ni inclus dans le calcul d'un montant déduit en application du présent article dans le calcul de son impôt payable en vertu de la présente partie pour une année d'imposition antérieure :

a) organismes de bienfaisance enregistrés;

b) associations canadiennes enregistrées de sport amateur;

c) sociétés d'habitation résidant au Canada et exonérées, en application de l'alinéa 149(1)*i*), de l'impôt payable en vertu de la présente partie;

d) municipalités du Canada;

e) Organisation des Nations Unies ou institutions qui lui sont reliées;

f) universités situées à l'étranger, visées par règlement et qui comptent d'ordinaire, parmi leurs étudiants, des étudiants venant du Canada;

g) œuvres de bienfaisance situées à l'étranger et auxquelles Sa Majesté du chef du Canada a fait un don au cours de l'année d'imposition du particulier ou au cours des douze mois précédant cette année;

g.1) Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province.

. . .

(3) [Deduction by individuals for gifts] For the purpose of computing the tax payable under this Part by an individual for a taxation year, there may be deducted such amount as the individual claims not exceeding the amount determined by the formula

$$(A \times B) + [C \times (D - B)]$$

where

A is the appropriate percentage for the year;

B is the lesser of $200 and the individual's total gifts for the year;

C is the highest percentage referred to in subsection 117(2) that applies in determining tax that might be payable under this Part for the year; and

D is the individual's total gifts for the year.

. . .

149. (1) [Miscellaneous exemptions] No tax is payable under this Part on the taxable income of a person for a period when that person was

. . .

(*f*) a registered charity;

. . .

(*l*) a club, society or association that, in the opinion of the Minister, was not a charity within the meaning assigned by subsection 149.1(1) and that was organized and operated exclusively for social welfare, civic improvement, pleasure or recreation or for any other purpose except profit, no part of the income of which was payable to, or was otherwise available for the personal benefit of, any proprietor, member or shareholder thereof unless the proprietor, member or shareholder was a club, society or association the primary purpose and function of which was the promotion of amateur athletics in Canada;

149.1 (1) [Definitions] In this section,

. . .

(3) [Crédits d'impôt pour dons] Un particulier peut déduire dans le calcul de son impôt payable en vertu de la présente partie pour une année d'imposition un montant qui ne dépasse pas le montant calculé selon la formule suivante :

$$(A \times B) + [C \times (D - B)]$$

où :

A représente le taux de base pour l'année;

B le moins élevé de 200 $ et du total des dons du particulier pour l'année;

C le taux le plus élevé, mentionné au paragraphe 117(2), applicable au calcul de l'impôt qui pourrait être payable en vertu de la présente partie pour l'année;

D le total des dons du particulier pour l'année.

. . .

149. (1) [Exemptions diverses] Aucun impôt n'est payable en vertu de la présente partie, sur le revenu imposable d'une personne, pour la période où cette personne était :

. . .

f) un organisme de bienfaisance enregistré;

. . .

l) un cercle ou une association qui, de l'avis du ministre, n'était pas un organisme de bienfaisance au sens du paragraphe 149.1(1) et qui est constitué et administré uniquement pour s'assurer du bien-être social, des améliorations locales, s'occuper des loisirs ou fournir des divertissements, ou exercer toute autre activité non lucrative, et dont aucun revenu n'était payable à un propriétaire, un membre ou un actionnaire, ou ne pouvait par ailleurs servir au profit personnel de ceux-ci, sauf si le propriétaire, le membre ou l'actionnaire était un cercle ou une association dont le but premier et la fonction étaient de promouvoir le sport amateur au Canada;

149.1 (1) [Définitions] Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

. . .

"charitable organization" means an organization, whether or not incorporated,

(*a*) all the resources of which are devoted to charitable activities carried on by the organization itself,

(*b*) no part of the income of which is payable to, or is otherwise available for, the personal benefit of any proprietor, member, shareholder, trustee or settlor thereof,

(*c*) more than 50% of the directors, trustees, officers or like officials of which deal with each other and with each of the other directors, trustees, officers or officials at arm's length, and

(*d*) where it has been designated as a private foundation or public foundation pursuant to subsection (6.3) of this section or subsection 110(8.1) or (8.2) of the *Income Tax Act*, chapter 148 of the Revised Statutes of Canada, 1952, or has applied after February 15, 1984 for registration under paragraph 110(8)(*c*) of that Act or under the definition "registered charity" in subsection 248(1), not more than 50% of the capital of which has been contributed or otherwise paid into the organization by one person or members of a group of persons who do not deal with each other at arm's length and, for the purpose of this paragraph, a reference to any person or to members of a group does not include a reference to Her Majesty in right of Canada or a province, a municipality, another registered charity that is not a private foundation, or any club, society or association described in paragraph 149(1)(*l*);

« œuvre de bienfaisance » Œuvre, constituée ou non en société :

a) dont la totalité des ressources est consacrée à des activités de bienfaisance qu'elle mène elle-même;

b) dont aucune partie du revenu n'est payable à l'un de ses propriétaires, membres, actionnaires, fiduciaires ou auteurs ni ne peut servir, de quelque façon, à leur profit personnel;

c) dont plus de 50 % des administrateurs, dirigeants, fiduciaires ou autres responsables traitent entre eux et avec chacun des autres administrateurs, dirigeants, fiduciaires ou responsables sans lien de dépendance;

d) dont, lorsqu'elle a demandé l'enregistrement après le 15 février 1984 en application de l'alinéa 110(8)*c*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, chapitre 148 des Statuts revisés du Canada de 1952, ou de la définition d' « organisme de bienfaisance enregistré », au paragraphe 248(1), ou a été désignée comme fondation privée ou fondation publique, en application du paragraphe (6.3) du présent article ou des paragraphes 110(8.1) ou (8.2) de la même loi, au plus 50 % des capitaux qui lui ont été fournis ou versés, de quelque façon, l'ont été par une personne ou par les membres d'un groupe de personnes ayant entre elles un lien de dépendance; pour l'application du présent alinéa, ne sont pas assimilés à une personne ou aux membres d'un groupe Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, une municipalité, un autre organisme de bienfaisance enregistré qui n'est pas une fondation privée ou tout cercle ou toute association visés à l'alinéa 149(1)*l*).

. . .

248. (1) [Definitions] In this Act,

248. (1) [Définitions] Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

"registered Canadian amateur athletic association" means an association that was created under any law in force in Canada, that is resident in Canada and that

(*a*) is a person described in paragraph 149(1)(*l*), and

« association canadienne enregistrée de sport amateur » Association, résidant au Canada, qui est constituée en vertu d'une loi en vigueur au Canada et qui présente les caractéristiques suivantes :

a) il s'agit d'une personne visée à l'alinéa 149(1)*l*);

(*b*) has, as its primary purpose and its primary function, the promotion of amateur athletics in Canada on a nation-wide basis,

that has applied to the Minister in prescribed form for registration, that has been registered and whose registration has not been revoked under subsection 168(2);

b) son but premier et sa mission principale consistent à promouvoir le sport amateur au Canada à l'échelle nationale;

c) elle a présenté au ministre, sur formulaire prescrit, une demande d'enregistrement, elle a été enregistrée et son enregistrement n'a pas été annulé par application du paragraphe 168(2).

. . .

"registered charity" at any time means

(*a*) a charitable organization, private foundation or public foundation, within the meanings assigned by subsection 149.1(1), that is resident in Canada and was either created or established in Canada, or

(*b*) a branch, section, parish, congregation or other division of an organization or foundation described in paragraph (*a*), that is resident in Canada and was either created or established in Canada and that receives donations on its own behalf,

that has applied to the Minister in prescribed form for registration and that is at that time registered as a charitable organization, private foundation or public foundation;

« organisme de bienfaisance enregistré » L'organisme suivant, qui a présenté au ministre une demande d'enregistrement sur formulaire prescrit et qui est enregistré, au moment considéré, comme œuvre de bienfaisance, comme fondation privée ou comme fondation publique :

a) œuvre de bienfaisance, fondation privée ou fondation publique, au sens du paragraphe 149.1(1), qui réside au Canada et qui y a été constituée ou y est établie;

b) division — annexe, section, paroisse, congrégation ou autre — d'une œuvre de bienfaisance, fondation privée ou fondation publique, au sens du paragraphe 149.1(1), qui réside au Canada, qui y a été constituée ou y est établie et qui reçoit des dons en son nom propre.

. . .

. . .

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21

8.1 Both the common law and the civil law are equally authoritative and recognized sources of the law of property and civil rights in Canada and, unless otherwise provided by law, if in interpreting an enactment it is necessary to refer to a province's rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, reference must be made to the rules, principles and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied.

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21

8.1 Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

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

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener: Worton Hunter & Callaghan, Edmonton; Gowling, Lafleur, Henderson, Toronto; Miller Thomson, Toronto.

Procureurs de l'intervenant : Worton Hunter & Callaghan, Edmonton; Gowling, Lafleur, Henderson, Toronto; Miller Thomson, Toronto.

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
http://publication.gc.ca

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
http://publication.gc.ca



Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 2007 Vol. 3

2e cahier, 2007 Vol. 3

Cited as [2007] 3 S.C.R. 253-460

Renvoi [2007] 3 R.C.S. 253-460

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

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	RENÉE MARIA TREMBLAY
KAREN LEVASSEUR	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH	JACQUES GAGNÉ	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI		CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET	PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE GROULX	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

CONTENTS

Citadel General Assurance Co. *v.* Vytlingam 373

Insurance — Automobile insurance — Inadequately insured motorist coverage — Wrongdoer using motor vehicle to transport large boulders to highway overpass, throwing boulders onto car driven by insured and driving off — Insured suffering catastrophic injuries — Wrongdoer inadequately insured — Insured receiving no-fault benefits from his insurer and seeking to recover his civil damages from insurer under inadequately insured motorist coverage — Whether coverage should be denied because wrongdoer was engaged in criminal activity — Whether insured's injuries "arising directly or indirectly from the use or operation of an automobile" — Whether tort that cause insured's injuries intervening event severable from use and operation of wrongdoer's motor vehicle — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 239.

Kerr *v.* Danier Leather Inc. 331

Commercial law — Securities — Prospectus misrepresentation — Company's prospectus projecting results for fourth quarter — Intra-quarterly results lagged behind projection after prospectus filed and before public offering closed — Intra-quarterly results not disclosed — Whether s. 130(1) of Securities Act requires company to disclose "material facts" arising after prospectus filed — Whether change in company's results amounted to "material change" requiring disclosure — Whether forecast contained implied representation of objective reasonableness — Whether Business Judgment Rule has any application to disclosure requirements of Securities Act — Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 1, 57(1), 130(1).

Lumbermens Mutual Casualty Co. *v.* Herbison 393

Insurance — Automobile insurance — Coverage of owner's policy — Hunter driving to his designated site before sunrise when he stopped and shot at white flash thinking it to be a deer tail but it was another member of his hunting party — Victim seeking to recover his damages under tortfeasor's automobile insurance policy — Whether victim's injuries arising "directly or indirectly from the use or operation" of an automobile — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 239(1).

Named Person *v.* Vancouver Sun 253

Courts — Procedure — Informer privilege — In camera proceedings — Open court principle — Procedure to be followed where party claims to be confidential police informant — Whether extradition judge erred in interpreting and applying Dagenais/Mentuck test in context of claim of informer privilege — Whether judge erred in granting media counsel and representatives access, subject to confidentiality undertakings, to information over which informer privilege was being asserted.

Continued on next page

SOMMAIRE

Citadelle, Cie d'assurances générales *c.* Vytlingam ... 373

Assurance — Assurance automobile — Protection contre les automobilistes insuffisamment assurés — Auteur d'un délit utilisant un véhicule à moteur pour transporter de grosses pierres jusqu'à un pont d'étagement, d'où il a jeté les pierres sur une auto conduite par un assuré, puis pour s'enfuir — Assuré très grièvement blessé — Auteur du délit insuffisamment assuré — Assuré ayant reçu des indemnités sans égard à la faute de son assureur et cherchant à obtenir des dommages-intérêts civils de l'assureur en vertu d'une protection contre les automobilistes insuffisamment assurés — Cette protection doit-elle lui être refusée parce que l'auteur du délit se livrait à une activité criminelle? — Les blessures de l'assuré découlent-elles « directement ou indirectement de l'utilisation ou de la conduite d'une automobile »? — Le délit qui a causé des blessures à l'assuré constitue-t-il un acte intermédiaire séparable de l'utilisation et de la conduite de l'automobile de l'auteur du délit? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 239.

Kerr *c.* Danier Leather Inc. 331

Droit commercial — Valeurs mobilières — Présentation inexacte des faits dans un prospectus — Prospectus d'une société contenant des prévisions de résultats pour le quatrième trimestre — Résultats intratrimestriels se révélant inférieurs aux prévisions après le dépôt du prospectus et avant la clôture de l'appel public à l'épargne — Résultats intratrimestriels non divulgués — L'article 130(1) de la Loi sur les valeurs mobilières oblige-t-il la société à divulguer les « faits importants » survenus après le dépôt du prospectus? — Le changement dans les résultats de la société constituait-il un « changement important » devant être divulgué? — Les prévisions comportaient-elles une déclaration implicite de caractère objectivement raisonnable? — La règle de l'appréciation commerciale s'applique-t-elle aux exigences de divulgation de la Loi sur les valeurs mobilières? — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 1, 57(1), 130(1).

Lumbermens Mutual Casualty Co. *c.* Herbison 393

Assurance — Assurance automobile — Garantie de la police de propriétaire — Chasseur roulant vers son poste d'affût désigné avant le lever du soleil lorsqu'il a stoppé, puis tiré en direction d'une lueur blanche, qu'il a prise pour la queue d'un cerf, mais qui était l'un de ses compagnons de chasse — Victime voulant obtenir réparation en vertu de la police d'assurance automobile de l'auteur du délit — Les lésions de la victime découlent-elles « directement ou indirectement de l'usage ou de la conduite » d'une automobile? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 239(1).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. *v.* Singh **405**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to silence — Scope of pre-trial right to silence — Interplay between confessions rule and right to silence — Accused charged with second degree murder detained by police — Accused making statements to police during interviews after he had asserted his constitutional right to silence many times — Whether police breached accused's right to silence — Whether police should have stopped trying to obtain admissions once accused asserted his right to silence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. *v.* Trotta **453**

Criminal law — Trial — Verdicts — Accused convicted of several offences — Fresh expert evidence available after convictions upheld on appeal discrediting Crown witnesses — Whether verdicts would necessarily have been the same — Whether manslaughter conviction should be substituted for conviction for murder — Whether accused should be acquitted of murder and criminal negligence causing death.

Transportaction Lease Systems Inc. *v.* Yeung **371**

Torts — Negligence — Vicarious liability — Motor vehicles — Owner — Lease with option to purchase — Interpretation of s. 86 of Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

SOMMAIRE (Fin)

Personne désignée *c.* Vancouver Sun **252**

Tribunaux — Procédure — Privilège de l'indicateur de police — Procédures à huis clos — Principe de la publicité des débats judiciaires — Procédure à suivre lorsqu'une partie affirme être un indicateur confidentiel de la police — Le juge d'extradition a-t-il commis une erreur en interprétant et en appliquant le critère des arrêts Dagenais/Mentuck dans le contexte de la revendication du privilège de l'indicateur de police? — Le juge a-t-il commis une erreur en accordant aux avocats et aux représentants des médias, sous réserve d'engagements de confidentialité, l'accès aux renseignements à l'égard desquels le privilège de l'indicateur de police était revendiqué?

R. *c.* Singh **405**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de garder le silence — Portée du droit de garder le silence avant le procès — Interaction entre la règle des confessions et le droit de garder le silence — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré détenu par la police — Accusé faisant des déclarations à la police pendant des interrogatoires après avoir invoqué à maintes reprises son droit constitutionnel de garder le silence — La police a-t-elle violé le droit de l'accusé de garder le silence? — La police aurait-elle dû cesser de tenter d'obtenir des aveux dès que l'accusé a invoqué son droit de garder le silence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. *c.* Trotta **453**

Droit criminel — Procès — Verdicts — Accusés déclarés coupables de plusieurs infractions — Nouveaux témoignages d'experts disponibles après la confirmation en appel des déclarations de culpabilité qui discréditent les témoins à charge — Les verdicts auraient-ils été nécessairement les mêmes? — Faudrait-il remplacer la déclaration de culpabilité pour meurtre par une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable? — Les accusés devraient-ils être acquittés des accusations de meurtre et de négligence criminelle entraînant la mort?

Transportaction Lease Systems Inc. *c.* Yeung **371**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Responsabilité du fait d'autrui — Véhicules automobiles — Propriétaire — Location avec option d'achat — Interprétation de l'art. 86 de la Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, ch. 318.

Named Person and Attorney General of Canada on behalf of the Requesting State *Appellants*

v.

The Vancouver Sun, The Province, BCTV, Canadian Broadcasting Corporation, CKNW, Citytv and CTV, a Division of Bell Globemedia Inc. *Respondents*

and

Attorney General of Ontario and Law Society of British Columbia *Interveners*

Personne désignée et procureur général du Canada au nom de l'État requérant *Appelants*

c.

The Vancouver Sun, The Province, BCTV, Société Radio-Canada, CKNW, Citytv et CTV, une division de Bell Globemedia Inc. *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario et Law Society of British Columbia *Intervenants*

INDEXED: NAMED PERSON *v.* VANCOUVER SUN

Neutral citation: 2007 SCC 43.

File No.: 30963.

2007: April 24; 2007: October 11.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

RÉPERTORIÉ : PERSONNE DÉSIGNÉE *c.* VANCOUVER SUN

Référence neutre : 2007 CSC 43.

N° du greffe : 30963.

2007 : 24 avril; 2007 : 11 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Courts — Procedure — Informer privilege — In camera proceedings — Open court principle — Procedure to be followed where party claims to be confidential police informant — Whether extradition judge erred in interpreting and applying Dagenais/Mentuck test in context of claim of informer privilege — Whether judge erred in granting media counsel and representatives access, subject to confidentiality undertakings, to information over which informer privilege was being asserted.

The appellant Named Person informed the judge, during an *in camera* portion of extradition proceedings, that he was a confidential police informer, and on that basis requested some disclosure from the appellant Attorney General, who was acting on behalf of the

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Tribunaux — Procédure — Privilège de l'indicateur de police — Procédures à huis clos — Principe de la publicité des débats judiciaires — Procédure à suivre lorsqu'une partie affirme être un indicateur confidentiel de la police — Le juge d'extradition a-t-il commis une erreur en interprétant et en appliquant le critère des arrêts Dagenais/Mentuck dans le contexte de la revendication du privilège de l'indicateur de police? — Le juge a-t-il commis une erreur en accordant aux avocats et aux représentants des médias, sous réserve d'engagements de confidentialité, l'accès aux renseignements à l'égard desquels le privilège de l'indicateur de police était revendiqué?

L'appelante, une personne désignée, a informé le juge pendant une séance de l'instance d'extradition tenue à huis clos qu'elle était un indicateur confidentiel de la police. Elle a alors demandé que le procureur général appelant, qui représentait l'État ayant demandé son

state requesting the Named Person's extradition. The judge asked the parties for submissions as to whether the proceedings ought to remain *in camera* and sought the assistance of an *amicus curiae*. On the basis of the latter's submissions, the judge sent a letter to a number of counsel who act for certain media groups, requesting that they attend a hearing on a specified date having filed undertakings of confidentiality and undertakings not to disclose anything learned at the hearing to their clients. A number of counsel for media groups, including the respondents, attended at that hearing.

At a subsequent hearing, the respondents applied for an order that they be allowed to review the documents prepared by the *amicus curiae* upon filing undertakings of non-disclosure. The judge allowed the application and ordered that counsel for the respondents as well as specific representatives of each respondent be allowed to review the *amicus* documents on each individual filing an undertaking of confidentiality. The Named Person and the Attorney General appealed that order to this Court.

Held (LeBel J. dissenting in part): The appeal should be allowed and the extradition judge's order set aside.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The law has long recognized that those who choose to act as confidential police informers must be protected from the possibility of retribution. The law's protection has been provided in the form of the informer privilege rule, which protects from revelation in public or in court the identity of those who give information to the police in confidence. This protection in turn encourages cooperation with the police for future potential informers. This general protection is so important that it renders informer privilege a matter beyond the discretion of a trial judge. Once a trial judge is satisfied that the privilege exists, a complete and total bar on any disclosure of the informer's identity applies. Outside the innocence at stake exception, the rule's protection is absolute. No case-by-case weighing of the justification for the privilege is permitted. All information which might tend to identify the informer is protected by the privilege, and neither the Crown nor the court has any discretion to disclose this information in any proceeding, at any time. [16] [19] [30]

extradition, lui communique certains renseignements. Le juge a demandé aux parties de lui présenter des observations sur l'opportunité de maintenir le huis clos et a demandé l'aide d'un *amicus curiae*. À la lumière des observations faites par ce dernier, le juge a demandé, par lettre adressée à un certain nombre d'avocats représentant certains médias, qu'ils assistent à une audience tenue à une date déterminée, après avoir déposé un engagement de confidentialité et un engagement de ne pas communiquer à leurs clients les renseignements obtenus à l'audience. Un certain nombre d'avocats des médias, y compris les avocats des intimés, ont assisté à l'audience.

À une audience subséquente, les intimés ont demandé une ordonnance les autorisant, après le dépôt de leurs engagements de non-communication, à passer en revue les documents préparés par l'*amicus curiae*. Le juge a fait droit à cette demande et a rendu une ordonnance autorisant les avocats des intimés ainsi que certains représentants de chaque intimé à passer en revue les documents de l'*amicus curiae*, sous réserve du dépôt par chacun d'un engagement de confidentialité. La personne désignée et le procureur général ont fait appel de cette ordonnance devant notre Cour.

Arrêt (le juge LeBel est dissident en partie) : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge d'extradition est annulée.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein : Il est depuis longtemps reconnu en droit que les personnes choisissant de servir d'indicateur confidentiel de la police doivent être protégées des représailles possibles. Le privilège relatif aux indicateurs de police est la règle de droit qui empêche l'identification, en public ou en salle d'audience, des personnes qui fournissent à titre confidentiel des renseignements à la police. Cette protection encourage par ailleurs les indicateurs éventuels à collaborer avec la police. Cette protection générale revêt une telle importance que l'application de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police écarte le pouvoir discrétionnaire des juges de première instance. Une fois que le juge du procès est convaincu de l'existence du privilège, toute divulgation de l'identité de l'indicateur est absolument interdite. Mise à part l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé, la règle jouit d'une protection absolue. La justification du privilège ne peut faire l'objet d'une évaluation au cas par cas. Le privilège assure la protection de tous les renseignements susceptibles de permettre l'identification de l'indicateur de police, et ni le ministère public ni le tribunal n'ont le moindre pouvoir discrétionnaire de communiquer ces renseignements dans une instance, en aucun temps. [16] [19] [30]

While open courts are undoubtedly a vital part of our legal system and of our society, their openness cannot be allowed to fundamentally compromise the criminal justice system. *Dagenais/Mentuck*, insofar as that line of cases now represents a "test" for the application of the open court principle in discretionary action by courts, does not apply here since the informer privilege rule allows the trial judge no discretion. An informer must simply indicate that it is necessary to proceed *in camera*. No reasons need be given at this point because the basis of the informer status is the very issue to be examined *in camera* at the first stage. In more practical terms, this will mean that a trial judge must have the authority to hold an entire proceeding *in camera* if informer privilege is found to be present; however, an entirely *in camera* proceeding should be seen as a last resort. A judge ought to make every effort to ensure that as much information as possible is made public, and that disclosure and publication are restricted only for that information which might tend to reveal the informer's identity. [4] [37] [40-42]

Here, the extradition judge erred insofar as the decisions made at several steps were not consistent with the proper approach. The appointment of the *amicus curiae* was not warranted, because the determination of the proper legal test that applied was the judge's responsibility. Moreover, the decision to reveal to the *amicus* detailed facts about the Named Person was inconsistent with the extradition judge's obligation to protect the information which was covered by informer privilege and with the particular mandate given. A second mistake made by the extradition judge was in giving notice to the media counsel. This practice cannot be supported, as it privileged unfairly and arbitrarily certain members of the media on the basis of the views of the judge or the *amicus*. A third error was the extradition judge's handling of the material covered by informer privilege. The judge should have proceeded by determining *in camera*, without the media, on the facts presented by the Named Person and the Attorney General, whether or not the informer privilege properly applied. As an informer, the Named Person was absolutely protected by the informer privilege. In particular, he did not waive the privilege by coming forward to rely on it. The media were not entitled to any of the privileged material at any time, and ought to have been given only limited non-identifying materials in order to make their

Si la publicité des débats judiciaires revêt indubitablement une importance vitale dans notre système juridique et notre société, elle ne peut toutefois s'appliquer si elle porte fondamentalement atteinte au système de justice pénale. Les arrêts *Dagenais/Mentuck*, dans la mesure où ce courant jurisprudentiel constitue désormais le « critère » devant servir de fondement à l'application du principe de la publicité des débats judiciaires dans le cas de l'exercice par les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire, ne s'appliquent pas en l'espèce puisque la règle du privilège relatif aux indicateurs de police ne laisse aucun pouvoir discrétionnaire au juge. L'indicateur doit simplement indiquer que l'audience doit se dérouler à huis clos. Il n'est pas tenu de justifier sa demande à ce moment parce que son rôle d'indicateur de police constitue la question même qui sera tranchée à huis clos à la première étape. C'est donc dire, plus concrètement, que s'il conclut à l'existence du privilège relatif aux indicateurs de police, le juge du procès doit avoir le pouvoir de tenir toute la procédure à huis clos. Toutefois, il ne devrait prendre une telle mesure qu'en dernier ressort. Le juge doit prendre toutes les mesures possibles pour assurer au public l'accès le plus complet aux débats et ne restreindre la communication et la publication de renseignements que si ces renseignements sont susceptibles de révéler l'identité de l'indicateur. [4] [37] [40-42]

En l'espèce, le juge d'extradition a commis des erreurs dans la mesure où les décisions qu'il a rendues à plusieurs étapes ne cadraient pas avec la démarche appropriée. La nomination de l'*amicus curiae* n'était pas justifiée parce qu'il incombait au juge de décider du critère juridique à appliquer. En outre, la décision de dévoiler à l'*amicus curiae* des renseignements détaillés au sujet de la personne désignée était incompatible avec l'obligation qu'avait le juge d'extradition de protéger les renseignements assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police et avec le mandat confié à l'*amicus curiae*. Le juge d'extradition a commis une deuxième erreur en donnant un avis aux avocats des médias. Cette pratique ne peut être tolérée puisqu'elle donne à certains membres des médias un avantage injuste et arbitraire fondé sur les opinions du juge ou de l'*amicus curiae*. La manière dont le juge d'extradition a traité les documents assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police constitue une troisième erreur. C'est à huis clos et en l'absence des médias que le juge d'extradition aurait dû décider, à la lumière des faits présentés par la personne désignée et le procureur général, si le privilège relatif aux indicateurs de police s'appliquait. En sa qualité d'indicateur, la personne désignée bénéficiait de la protection absolue qu'offre le privilège relatif aux indicateurs de police. Plus particulièrement, la personne

submissions at the second stage, after the existence of the privilege had been accepted. [62-65]

Per LeBel J. (dissenting in part): Two principles stand in opposition in this case: the open court principle and the rule of confidentiality made necessary by informer privilege. The relationship between this privilege and a justice system that is, in principle, open requires certain adjustments, since a simple assertion that the rule of confidentiality flowing from the privilege is absolute does not suffice either to guide or to settle the debate in all circumstances. It is therefore necessary, at the very least, to discuss the conditions and procedures that will govern the review of the privilege and incorporate this review into the broader legal debate. At times, consideration of the limits of the privilege, and its extinguishment, will be required. If a meaningful debate is to take place and if the applicable constitutional principles are to be adhered to, the trial judge must be found to have a residual discretion to order the disclosure, even in open court, of information on the factual background to the case. *A fortiori*, to this end, the judge retains the discretion to authorize or order the disclosure of information that might tend to identify a police informer to parties with an interest in the issue of the openness of court proceedings, while taking any precautions needed to prevent or limit further dissemination of this information. [79-80]

The open court principle, which was accepted long before the adoption of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is now enshrined in it. This is due to the fact that the principle is associated with the right to freedom of expression. Members of the public must have access to the courts in order to freely express their views on the operation of the courts and on the matters argued before them, and the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter* protects not only the right to express oneself on an issue, but also the right to gather the information needed to engage in expressive activity. The open court principle also has as a corollary the right of the press to have access to the courts and publish information on their operation. This principle is not absolute, however. Informer privilege constitutes a limit on the open court principle but, like any other rule, this privilege has its exceptions, and these exceptions are not limited to situations where accused persons could be prevented from proving their

désignée n'a pas renoncé au privilège en se manifestant pour le revendiquer. Les médias n'avaient en aucun temps le droit d'obtenir les documents protégés, et seuls quelques documents ne contenant aucun renseignement permettant d'identifier l'indicateur auraient dû leur être transmis pour leur permettre de préparer leurs observations à la deuxième étape, une fois reconnue l'existence du privilège. [62-65]

Le juge LeBel (dissident en partie) : Dans le présent litige, deux principes s'opposent : le principe de la publicité des débats judiciaires et la règle de la confidentialité imposée par le privilège de l'indicateur de police. L'articulation des rapports entre ce privilège et une justice en principe publique exige certains aménagements car la seule affirmation du caractère absolu de la règle de confidentialité imposée par le privilège ne permet pas toujours à elle seule d'encadrer ou de clore la discussion. Il faut alors au moins débattre des modalités et des procédures qui régiront la discussion du privilège et qui l'intégreront dans le cadre plus large du débat judiciaire en cours. Il faudra même parfois s'interroger sur les limites et l'extinction du privilège. Afin de permettre un débat utile et d'assurer le respect des principes constitutionnels pertinents, il faut reconnaître au juge du procès un pouvoir résiduel discrétionnaire l'habilitant à ordonner la communication, même en audience publique, d'informations sur le contexte factuel de l'affaire. *A fortiori*, pour ces fins, le juge conserve le pouvoir discrétionnaire de permettre ou d'ordonner que des informations susceptibles d'identifier un indicateur de police soient communiquées aux parties concernées par le problème de la publicité des débats judiciaires, en prenant les précautions indispensables pour empêcher ou limiter la diffusion de cette information. [79-80]

Reconnu bien avant son adoption, le principe de la publicité des débats judiciaires est maintenant consacré par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette reconnaissance découle du lien qu'entretient ce principe avec le droit à la liberté d'expression. Le public doit avoir accès aux tribunaux afin de pouvoir s'exprimer librement sur leur fonctionnement et sur les affaires qui y sont débattues, et le droit à la liberté d'expression garanti à l'al. 2*b*) de la *Charte* protège non seulement le droit de s'exprimer sur un sujet, mais aussi celui de recueillir les informations nécessaires à une activité d'expression. Le principe de la publicité de la justice a également pour corollaire le droit de la presse d'avoir accès aux tribunaux et de publier des informations sur leur fonctionnement. Cependant, ce principe n'est pas absolu. Le privilège de l'indicateur de police constitue une limite au principe de la publicité des débats judiciaires mais, comme toute autre règle, ce privilège est assorti d'exceptions qui ne se limitent pas qu'à celle où

innocence. It is more consistent with the logic of the common law and with the values of the *Charter* to hold that the trial judge always has the discretion (except where the law withdraws it) to authorize or order the disclosure of information that might tend to identify an informer in the rare cases where the judge is satisfied that disclosure of the information would better serve the interests of justice than keeping it secret. [88-89] [91] [100] [103] [105]

Here, the issues relating to the Named Person's status as a police informer are not incidental to the legal proceedings, as is generally the case. On the contrary, they are at the very heart of the Named Person's applications. Furthermore, the stay of proceedings application the Named Person ultimately intends to make should relate to how the foreign and Canadian governments treated him as an informer. This is the very type of legal proceeding in which the open court principle assumes particular importance. How the Canadian government deals with informers can be of considerable significance in a democratic debate on the values of this country's justice system and on the proper administration of justice. The rule of informer privilege cannot deprive a trial judge of the discretion to consider whether the rule is applicable. In classic fact situations, the application of the rule will appear to be absolute. In certain exceptional circumstances, however, it will be more difficult to establish the scope of the privilege and an adversarial proceeding will be necessary. This will be true, for example, where, as appears to be the case here, the judge must consider the possibility that the privilege is being abused or is being diverted from its purpose. As a result of the constitutional status of the open court principle, anyone who relies on informer privilege to limit the scope of the principle bears the onus of showing that his or her case is indeed one in which the privilege should be applied and that the objectives of the privilege can be attained by no means less intrusive than applying it absolutely. In considering this issue, the trial judge may ask to hear the parties' arguments in an adversarial proceeding and make any orders he or she deems necessary to enable those with an interest in the matter to make a meaningful contribution to the proceeding. This was what the extradition judge in the case at bar intended when he ordered the disclosure of all the evidence in the record to media counsel and to certain representatives of the media. [68] [106] [109]

l'accusé pourrait être empêché de démontrer son innocence. Il est plus conforme à la logique de la common law et aux valeurs de la *Charte* de reconnaître que le juge du procès conserve toujours le pouvoir discrétionnaire (à moins que la loi ne le lui retire) de permettre ou d'ordonner la communication d'informations susceptibles de permettre l'identification d'un indicateur de police dans les rares cas où le juge sera convaincu qu'une telle communication servirait mieux l'intérêt de la justice que le maintien du secret. [88-89] [91] [100] [103] [105]

En l'espèce, les questions relatives à la qualité d'indicateur de police de la personne désignée ne sont pas incidentes aux procédures judiciaires, comme c'est généralement le cas. Au contraire, elles se situent au cœur même des requêtes présentées par la personne désignée. De plus, la requête pour sursis des procédures qu'entend ultimement présenter la personne désignée devrait porter sur le traitement que lui ont réservé les gouvernements étranger et canadien en tant qu'indicateur de police. Or, c'est justement à l'égard de ce genre de débats judiciaires que le principe de la publicité de ces débats prend toute son importance. La manière dont se comporte le gouvernement canadien à l'égard de ses indicateurs de police peut en effet avoir une importance considérable pour la tenue d'un débat démocratique sur les valeurs de la justice de notre pays et sur sa bonne administration. La règle du privilège de l'indicateur de police ne saurait priver le juge du procès du pouvoir discrétionnaire de s'interroger sur la pertinence de son application. Dans les situations factuelles classiques, la règle paraîtra d'application absolue. Toutefois, dans certaines circonstances exceptionnelles, la portée du privilège restera plus difficile à établir et exigera la tenue d'un débat contradictoire. Cela se produira notamment lorsque, comme c'est apparemment le cas ici, le juge est préoccupé par la présence possible d'un abus du privilège ou d'un détournement de sa finalité. En raison du statut constitutionnel du principe de la publicité des débats judiciaires, il revient à celui qui invoque le privilège de l'indicateur de police afin de limiter la portée du principe de démontrer qu'il s'agit bien d'un cas où ce privilège doit s'appliquer et qu'il n'existe pas de moyens moins attentatoires que l'application absolue de celui-ci pour atteindre les objectifs qu'il vise. À cette fin, le juge du procès peut demander la tenue d'un débat contradictoire et rendre les ordonnances qu'il considère nécessaires afin que les parties intéressées puissent y participer utilement. Dans la présente affaire, tel était l'objectif recherché par le juge d'extradition lorsqu'il a ordonné la communication aux avocats et à certains représentants des médias de tous les éléments de preuve au dossier. [68] [106] [109]

The decision to order the disclosure of the documents in issue to media counsel was within the extradition judge's authority and was discretionary in nature. According to the standard of review applicable to this type of decision, the Court will be justified in intervening only if the judge misdirects him or herself or if the decision is so clearly wrong as to amount to an injustice. In the instant case, a series of factors provided ample justification for the extradition judge's decision to conduct an adversarial proceeding to determine whether this was a case in which information that might tend to identify a police informer should be disclosed in open court. He also correctly exercised his discretion in ordering the disclosure to media counsel of certain information that might tend to identify the Named Person so that they could make a meaningful contribution to the proceeding. The extradition judge considered the fact that this is a case in which there has already been unusually wide disclosure of the Named Person's identity and in which the Named Person's co-conspirator is aware of his identity. The judge also seems to have feared that the government was attempting to divert informer privilege from its real purpose. Finally, he appears to have felt that the very nature of the stay of proceedings application favoured hearing it in open court, and also seems to have attached great weight to the fact that disclosure of the documents in issue to lawyers, after they had given appropriate undertakings of confidentiality, would probably not result in any additional risk to the Named Person. There is accordingly no basis for finding that the extradition judge misdirected himself or that his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice. As for the extradition judge's decision to allow media counsel to share any information disclosed to them with their clients, but only under strict conditions and after each of the media representatives had given an undertaking of confidentiality, it was also within the ambit of his discretion and there is no basis for this Court to intervene. This decision was based on undertakings by the media representatives and on an accurate understanding of the relationship between them and their counsel. However, the extradition judge went too far in ordering that the entire record be disclosed to media lawyers and representatives. The sole purpose of this disclosure is to ensure that the adversarial proceeding is helpful. Consequently, the judge should have screened and expurgated the documents in issue to remove information that might tend to identify the Named Person but is not relevant to the specific proceeding. [123-126] [128-133] [137]

La décision d'ordonner la communication des documents en litige aux avocats des médias relevait des fonctions du juge d'extradition et était de nature discrétionnaire. Selon la norme de contrôle applicable à ce type de décision, la Cour ne sera justifiée d'intervenir que si le juge s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice. En l'espèce, un ensemble de facteurs justifiait largement la décision du juge d'extradition de conduire un débat contradictoire pour décider s'il s'agissait d'un cas où des informations susceptibles d'identifier un indicateur de police devraient être dévoilées en audience publique. Il a aussi correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en ordonnant la communication aux avocats des médias de certaines informations susceptibles d'identifier la personne désignée afin qu'ils puissent participer utilement à ce débat. Le juge d'extradition a considéré le fait qu'il s'agit d'un cas où l'identité de la personne désignée a déjà fait l'objet d'une communication exceptionnellement large et où le co-conspirateur de la personne désignée connaît son identité. Le juge paraît également avoir redouté que le gouvernement tente de détourner le privilège de l'indicateur de police de sa véritable finalité. Enfin, il semble avoir considéré que la nature même de la requête pour sursis des procédures militait en faveur de la publicité de cette procédure et avoir accordé beaucoup de poids au fait que la communication des documents en litige à des avocats, après que ces derniers auraient fourni des engagements de confidentialité appropriés, ne ferait probablement courir aucun risque supplémentaire à la personne désignée. Rien ne permet donc de conclure que le juge d'extradition s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou que sa décision est erronée au point de créer une injustice. Quant à la décision du juge d'extradition de permettre que les avocats des médias puissent transmettre à leurs clients toute l'information qui leur serait communiquée, mais seulement sous des conditions strictes et après que les médias auraient chacun fourni un engagement de confidentialité, elle relevait aussi de son pouvoir discrétionnaire et il n'existe aucune raison justifiant la Cour d'intervenir. Cette décision reposait sur l'engagement pris par les médias et sur une juste conception des rapports entre ceux-ci et leurs avocats. Cependant, le juge d'extradition est allé trop loin en ordonnant la communication aux avocats des médias et aux représentants des médias de tout le contenu du dossier. Le seul objectif de cette communication est la tenue d'un débat contradictoire utile. Par conséquent, le juge aurait dû procéder à un travail de filtrage et d'expurgation des documents en litige afin d'en éliminer certains éléments susceptibles d'identifier la personne désignée, mais non pertinents pour le débat se déroulant devant lui. [123-126] [128-133] [137]

Finally, the extradition judge was entitled to select the media counsel he wanted to invite to take part in the proceeding on the *in camera* application. As a superior court judge, he has the power to regulate the course of the extradition hearing in any way that appears to him to be consistent with the *Criminal Code* and the *Extradition Act*. This power includes the power to invite interested parties to take part in proceedings incidental to the extradition request. The judge has some leeway as regards the conditions of this invitation, provided that these conditions facilitate the conduct of the hearing. Likewise, it was open to him to appoint an *amicus curiae* to assist him with the analysis of both the facts and the applicable law. [152] [155]

Accordingly, the order should be set aside and the case remanded to the extradition judge to decide what information may be disclosed to media counsel and the media representatives. [156]

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; **approved:** *R. v. Dell* (2005), 194 C.C.C. (3d) 321; **distinguished:** *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; **referred to:** *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *Powell v. Chief Constable of North Wales Constabulary*, [1999] E.W.J. No. 6844 (QL); *Savage v. Chief Constable of Hampshire*, [1997] 1 W.L.R. 1061; *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417; *Ambard v. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978); *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By LeBel J. (dissenting in part)

Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario, [2005] 2 S.C.R. 188, 2005 SCC 41; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522,

Finalement, le juge d'extradition était en droit de choisir les avocats des médias qu'il voulait inviter à intervenir aux débats sur la requête pour huis clos. En tant que juge d'une cour supérieure, il possède le pouvoir de régler le cours de l'audition de la demande d'extradition de toute manière qui lui paraît désirable et qui n'est pas incompatible avec le *Code criminel* ou la *Loi sur l'extradition*. Ce pouvoir comprend notamment celui d'inviter des parties intéressées à participer aux débats portant sur un incident de la demande d'extradition judiciaire. Le juge dispose d'une certaine latitude quant aux modalités de cette invitation, pourvu que celles-ci favorisent le bon déroulement de l'audience. De même, il pouvait nommer un *amicus curiae* pour l'assister tant au niveau de l'analyse des faits que du droit applicable. [152] [155]

En conséquence, l'ordonnance devrait être annulée et le dossier renvoyé au juge d'extradition pour qu'il décide quelles informations peuvent être communiquées aux avocats et aux représentants des médias. [156]

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts appliqués : *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; **arrêt approuvé :** *R. c. Dell* (2005), 194 C.C.C. (3d) 321; **distinction d'avec les arrêts :** *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *Powell c. Chief Constable of North Wales Constabulary*, [1999] E.W.J. No. 6844 (QL); *Savage c. Chief Constable of Hampshire*, [1997] 1 W.L.R. 1061; *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43; *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417; *Ambard c. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Nixon c. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978); *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par le juge LeBel (dissident en partie)

Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario, [2005] 2 R.C.S. 188, 2005 CSC 41; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S.

2002 SCC 41; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Lawrence*, [2001] O.J. No. 5776 (QL); *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. Hiscock* (1992), 72 C.C.C. (3d) 303; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57; *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 177, 2007 SCC 24; *R. v. Henry* (1990), 61 C.C.C. (3d) 455; *Spector v. Ageda*, [1971] 3 All E.R. 417; *R. v. Guess* (2000), 148 C.C.C. (3d) 321; *Orfus Realty v. D.G. Jewellery of Canada Ltd.* (1995), 24 O.R. (3d) 379; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R 724.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39(1), (2).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 8, 11(*d*), 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 486(1), 537(1)(*i*).
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 24.
Ontario Court of Justice Criminal Proceedings Rules, SI/92-99, r. 6.04(1).

Authors Cited

Bentham, Jeremy. *Treatise on Judicial Evidence*. London: J. W. Paget, 1825.
Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1768.
Burton, John Hill, ed. *Benthamiana: or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham, With an Outline*

522, 2002 CSC 41; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Lawrence*, [2001] O.J. No. 5776 (QL); *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Hiscock c. R.*, [1992] R.J.Q. 895; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57; *Roviaro c. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 177, 2007 CSC 24; *Henry c. R.*, [1990] R.J.Q. 2455; *Spector c. Ageda*, [1971] 3 All E.R. 417; *R. c. Guess* (2000), 148 C.C.C. (3d) 321; *Orfus Realty c. D.G. Jewellery of Canada Ltd.* (1995), 24 O.R. (3d) 379; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 8, 11*d*), 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486(1), 537(1)*i*).
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 24.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 39(1), (2).
Règles de procédure en matière criminelle de la Cour de justice de l'Ontario, TR/92-99, r. 6.04(1).

Doctrine citée

Bentham, Jeremy. *Treatise on Judicial Evidence*. London : J. W. Paget, 1825.
Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. III. Oxford : Clarendon Press, 1768.
Burton, John Hill, ed. *Benthamiana : or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham, With an Outline*

of His Opinions on the Principal Subjects Discussed in His Works. Edinburgh: William Tait, 1843.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 56. *Public and Media Access to the Criminal Process*. Ottawa: The Commission, 1987.

Cooper, Terrance Gilmour. *Crown Privilege*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.

Eagles, Ian. "Evidentiary Protection for Informers — Policy or Privilege?" (1982), 6 *Crim. L.J.* 175.

Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated 2007, release 3).

MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, 4th ed. Toronto: Thomson, 2006.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2005.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1976.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of British Columbia, [2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805, allowing an application for disclosure of relevant information and documentation to the counsel and representatives of the respondents. Appeal allowed, LeBel J. dissenting in part.

Ian Donaldson, Q.C., for the appellant Named Person.

Bernard Laprade and *Cheryl D. Mitchell*, for the appellant the Attorney General of Canada.

Robert S. Anderson and *Ludmila B. Herbst*, for the respondents The Vancouver Sun, The Province and BCTV.

Daniel W. Burnett and *Heather E. Maconachie*, for the respondent the Canadian Broadcasting Corporation.

Michael A. Skene and *Angus M. Gunn, Jr.*, for the respondent CTV, a Division of Bell Globemedia Inc.

of His Opinions on the Principal Subjects Discussed in His Works. Edinburgh : William Tait, 1843.

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 56. *L'accès du public et des médias au processus pénal*. Ottawa : La Commission, 1987.

Cooper, Terrance Gilmour *Crown Privilege*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1990.

Eagles, Ian. « Evidentiary Protection for Informers — Policy or Privilege? » (1982), 6 *Crim. L.J.* 175.

Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated 2007, release 3).

MacKenzie, Gavin. Lawyers and Ethics : Professional Responsibility and Discipline, 4th ed. Toronto : Thomson, 2006.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2005.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston : Little, Brown & Co., 1976.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston : Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805, qui a accueilli une demande de communication des renseignements et des documents pertinents aux avocats et aux représentants des intimés. Pourvoi accueilli, le juge LeBel est dissident en partie.

Ian Donaldson, c.r., pour l'appelante la personne désignée.

Bernard Laprade et *Cheryl D. Mitchell*, pour l'appelant le procureur général du Canada.

Robert S. Anderson et *Ludmila B. Herbst*, pour les intimés The Vancouver Sun, The Province et BCTV.

Daniel W. Burnett et *Heather E. Maconachie*, pour l'intimée la Société Radio-Canada.

Michael A. Skene et *Angus M. Gunn, Jr.*, pour l'intimée CTV, une division de Bell Globemedia Inc.

No one appeared for the respondents CKNW and Citytv.

Christopher Webb, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Leonard T. Doust, Q.C., and *Michael A. Feder*, for the intervener the Law Society of British Columbia.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

1 Information is at the heart of any legal system. Police investigate crimes and act on the information they acquire; lawyers and witnesses present information to courts; juries and judges make decisions based on that information; and those decisions, reported by the popular and legal press, make up the basis of the law in future cases. In Canada, as in any truly democratic society, the courts are expected to be open, and information is expected to be available to the public. However, from time to time, the safety or privacy interests of individuals or groups and the preservation of the legal system as a whole require that some information be kept secret.

2 This case is about a conflict between two principles, each vital to Canadian law, which pull in fundamentally opposite directions *vis-à-vis* the treatment of information in our legal system. On the one hand is the open court principle, which, as has been repeatedly recognized by this Court, provides that court proceedings should presumptively be a matter of public record. On the other hand lies informer privilege, an age-old privilege according to which the identity of a confidential informer cannot be exposed under any but the narrowest of exceptions.

Personne n'a comparu pour les intimées CKNW et Citytv.

Christopher Webb, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Leonard T. Doust, c.r., et *Michael A. Feder*, pour l'intervenante Law Society of British Columbia.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

L'information est au cœur de tout système juridique. La police enquête sur les crimes et intervient en fonction des renseignements qu'elle obtient; les avocats et les témoins présentent des renseignements aux tribunaux; les jurys et les juges fondent leurs décisions sur ces renseignements; et ces décisions, rendues publiques par la presse populaire et la presse spécialisée, constituent le fondement du droit dans les causes ultérieures. Au Canada, comme dans toute société véritablement démocratique, on s'attend à ce que les débats judiciaires soient publics et à ce que le public ait accès à l'information. Toutefois, de temps à autre, la sécurité de personnes ou de groupes, le respect du droit à la vie privée et la protection de l'intégrité du système judiciaire dans son ensemble exigent que certains renseignements soient gardés secrets.

Sont en conflit en l'espèce deux principes fondamentaux du droit canadien qui constituent des approches diamétralement opposées au traitement de l'information dans notre système juridique. D'une part, suivant le principe de la publicité des débats judiciaires, notre Cour a reconnu à maintes reprises que les audiences sont censées être publiques. D'autre part, suivant la règle du privilège relatif aux indicateurs de police, un privilège qui existe depuis longtemps, l'identité d'un indicateur confidentiel ne peut être dévoilée que dans les circonstances les plus exceptionnelles.

In this case, the appellant, whose name cannot be disclosed, informed the extradition judge (who, along with the Named Person, is referred to in the masculine), during an *in camera* portion of the extradition proceedings, that he was a confidential police informer, and on that basis requested some disclosure from the appellant Attorney General of Canada, who was acting in the extradition proceeding on behalf of the state requesting the Named Person's extradition. Upon learning of the existence of these extradition proceedings, the respondents claimed a right to publicize details of the proceedings and to have access to information alleged to be protected by informer privilege.

The question posed to this Court is how to satisfy the interests which underlie the Named Person's privilege in light of the interests which underlie the open court principle on the basis of which the respondents claim a right to publish details of the proceedings. In my view, informer privilege must remain absolute. Information which might tend to identify a confidential informant cannot be revealed, except where the innocence of a criminal accused is at stake. Open courts are undoubtedly a vital part of our legal system and of our society, but their openness cannot be allowed to fundamentally compromise the criminal justice system. The appeal should therefore be allowed.

II. Judicial History

This appeal is from an order made in the course of an extradition hearing before a judge of the Supreme Court of British Columbia, sitting as an extradition judge (the "extradition judge"). (The facts are taken, except where noted otherwise, from the Statement of Non-Identifying Facts, found in the public file at A.R., at pp. 105-9.) The appellant Named Person was the subject of the extradition hearing, having been charged with an offence in the requesting state. The appellant Attorney General of Canada was a party to the extradition hearing, acting on behalf of the requesting state.

En l'espèce, l'appelante, dont le nom ne peut être dévoilé, a informé le juge d'extradition (le masculin est utilisé pour désigner ce dernier), pendant une séance de l'instance d'extradition tenue à huis clos, qu'elle était un indicateur confidentiel de la police. Elle a alors demandé que le procureur général du Canada appelant, qui représentait l'État ayant demandé son extradition, lui communique certains renseignements. Informés de l'instance d'extradition, les intimés ont revendiqué le droit de publier les renseignements s'y rapportant et d'avoir accès aux informations que l'on prétend protégées par le privilège relatif aux indicateurs de police. 3

Notre Cour est appelée à déterminer la façon de respecter les droits protégés par le privilège revendiqué par la personne désignée, compte tenu des droits à la base du principe de la publicité des débats judiciaires, principe que les intimés ont invoqué pour faire valoir leur droit de publier les renseignements concernant l'instance. À mon avis, le privilège relatif aux indicateurs de police doit demeurer absolu. L'information susceptible de permettre l'identification d'un indicateur confidentiel ne peut être dévoilée, sauf si l'innocence de l'accusé est en jeu. Indubitablement d'une importance vitale dans notre système juridique et notre société, le principe de la publicité des débats judiciaires ne peut toutefois s'appliquer s'il porte fondamentalement atteinte au système de justice pénale. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. 4

II. Historique des procédures judiciaires

Il s'agit d'un pourvoi contre une ordonnance rendue dans le cadre d'une audience d'extradition tenue par un juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, siégeant en tant que juge d'extradition (le « juge d'extradition »). (Sauf indication contraire, les faits sont repris de l'exposé des faits épuré figurant dans le dossier public des appelants, aux p. 105-109.) L'appelante, la personne désignée, accusée d'une infraction dans l'État requérant, faisait l'objet de l'audience d'extradition. Le procureur général du Canada, appelant, représentait l'État requérant à l'audience d'extradition. 5

6 At some point during the hearing, the Named Person applied for an order that the proceedings continue *in camera*. The Attorney General consented and the extradition judge allowed the application.

7 While the proceedings were taking place *in camera*, the Named Person made it known that he wished to apply for a stay of his extradition on the grounds that his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been breached. In support of the application for a stay, the Named Person disclosed to the extradition judge that he was a confidential police informer who had provided information to the authorities (either in Canada or the requesting state). In addition, the Named Person told the extradition judge that he had been charged with criminal offences in the requesting state and that his confidential informer status had been breached in the requesting state by way of disclosure of that status to a co-conspirator who had in turn provided more information implicating the Named Person which had resulted in the extradition request.

8 While the proceedings were still *in camera*, the extradition judge asked the parties for submissions as to whether the proceedings ought to remain *in camera*. Both the Attorney General and the Named Person submitted that they should.

9 The extradition judge then sought the assistance of an *amicus curiae* on the following issues:

(1) The public interest and policy considerations which would favour an open court hearing of these issues notwithstanding the risks associated with that open process;

(2) The extent to which counsel for the press should be entitled to address these *in camera* issues and if so, the measures that could be put in place to protect [the Named Person's] interest;

(3) The possibility of other means of protecting the interests of [the Named Person], including through

À un moment donné pendant l'audience, la personne désignée a demandé au tribunal d'ordonner le huis clos pour la poursuite de l'instance. Le procureur général a consenti à cette demande et le juge d'extradition y a fait droit.

Au cours de l'audience à huis clos, la personne désignée a indiqué vouloir demander l'arrêt de la procédure d'extradition en invoquant une atteinte à ses droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. À l'appui de sa demande d'arrêt de la procédure, la personne désignée a révélé au juge d'extradition qu'elle était un indicateur confidentiel de la police et qu'elle avait fourni des renseignements aux autorités (au Canada ou dans l'État requérant). En outre, elle a déclaré au juge d'extradition qu'elle avait été accusée d'actes criminels dans l'État requérant, où son rôle d'indicateur confidentiel avait été communiqué à un complice, qui avait alors fourni d'autres renseignements compromettants à son égard, ce qui avait entraîné le dépôt de la demande d'extradition.

Pendant que l'instance se déroulait encore à huis clos, le juge d'extradition a demandé aux parties de lui présenter des observations sur l'opportunité de maintenir le huis clos. Le procureur général et la personne désignée ont tous deux plaidé en faveur du maintien du huis clos.

Le juge d'extradition a alors demandé l'aide d'un *amicus curiae* relativement aux questions suivantes :

[TRADUCTION]

(1) Quels intérêts généraux et considérations de principe favorisent l'examen de ces questions en audience publique, malgré les risques associés à la publicité des débats?

(2) Dans quelle mesure peut-on autoriser les avocats des médias à examiner ces questions relatives au huis clos et, le cas échéant, quelles mesures devraient être prises pour protéger les droits de [la personne désignée]?

(3) Existe-t-il d'autres moyens de protéger les droits de [la personne désignée], notamment au moyen

publication bans but considering also their potential utility and risks; and

(4) If these proceedings continue *in camera*, the manner by which the Court may render judgments on [the Named Person's] disclosure application and ultimately on [his] stay of proceedings application without exposing [the Named Person] to unacceptable risk but at the same time sufficiently informing the public of the issues and providing a proper judicial record both for potential appeal and for consideration by the Minister if extradition is ultimately ordered.

([2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805, at para. 25)

The *amicus* was provided with all the exhibits and documents which were before the court, as well as with transcripts of all the *in camera* proceedings. The *amicus* then made submissions to the extradition judge. In summary, his assessment was that:

(1) issues concerning the extent to which these proceedings should remain *in camera* would be most appropriately and effectively addressed by adversarial argument provided proper safeguards could be put in place to protect the identity of the Named Person pending determination of the issues through the adversarial process; and

(2) since *amicus curiae* could not take an adversarial position he recommended that notice of the *in camera* proceedings should be given to those media counsel who had been known to represent local and national media outlets in past judicial proceedings in British Columbia involving publication bans on appropriate undertakings and orders to protect the Named Person's interests. [para. 27]

On the basis of the *amicus*' submissions, the extradition judge sent a letter to a number of counsel who act for certain media groups, requesting that they attend a hearing on a specified date having filed undertakings of confidentiality and non-disclosure to their clients of anything learned at the hearing. A number of counsel for media groups — including counsel for all the respondents in this appeal

d'ordonnances d'interdiction de publication, compte tenu de leur utilité éventuelle et des risques en découlant?

(4) Si le huis clos est maintenu, de quelle façon la Cour peut-elle rendre jugement sur la demande d'interdiction de communication présentée par [la personne désignée] et, éventuellement, sur sa demande d'arrêt de la procédure sans exposer [la personne désignée] à un risque inacceptable, tout en informant convenablement le public des questions en litige et en constituant un dossier judiciaire suffisamment étayé en cas d'appel ou d'examen par le ministre advenant le prononcé d'un arrêté d'extradition?

([2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805, par. 25)

Tous les documents et pièces dont le tribunal était saisi ainsi que la transcription de tous les débats tenus à huis clos ont été fournis à l'*amicus curiae*, qui a ensuite présenté ses observations au juge d'extradition. En voici le résumé :

[TRADUCTION]

(1) le processus contradictoire est le cadre le plus indiqué et le plus efficace pour régler les questions relatives à l'opportunité du maintien du huis clos, pourvu que des mesures adéquates soient prises pour protéger l'identité de la personne désignée jusqu'au règlement de ces questions dans le cadre du processus contradictoire;

(2) puisqu'il ne peut participer au processus contradictoire, l'*amicus curiae* a recommandé qu'un avis de la procédure tenue à huis clos soit donné aux avocats qui ont représenté des médias locaux et nationaux dans le cadre d'instances judiciaires antérieures en Colombie-Britannique portant sur des ordonnances d'interdiction de publication, sous réserve des engagements nécessaires de leur part et des ordonnances de protection des droits de la personne désignée. [par. 27]

À la lumière des observations faites par l'*amicus curiae*, le juge d'extradition a demandé, par lettre adressée à un certain nombre d'avocats représentant certains médias, qu'ils assistent à une audience tenue à une date déterminée, après avoir déposé un engagement de confidentialité et un engagement de ne pas communiquer à leurs clients les renseignements obtenus à l'audience. Un certain nombre d'avocats 10

— attended at that hearing. The extradition judge then directed that another hearing would take place in which the judge would entertain submissions on "*in camera* issues" (para. 28), and on how the protection of the privilege could or should be balanced against the media's and the public's interest in publicizing the proceedings. Notwithstanding forceful opposition from the counsel of both appellants, the extradition judge allowed the media counsel to report the details of the hearing to their clients but imposed a limited publication ban on the proceedings.

11 At the next hearing, the extradition judge heard submissions from the Attorney General, the Named Person, and the respondents on the scope of the claimed privilege. The extradition judge determined that "the informant privilege rule does not act as a bar to proceeding otherwise than *in camera*" (para. 48) and that the issue of whether or not to proceed *in camera* "must be decided in accordance with the principles established in *Dagenais*, *Mentuck* and *Re Vancouver Sun*" (para. 48). The extradition judge permitted the media to publish the fact that the court had heard the matter *in camera* and that the court had determined that further *in camera* proceedings were needed.

12 The extradition judge then heard submissions regarding the materials that would be disclosed to counsel for the respondents, and to specific representatives of the respondents on an interim basis to allow the respondents to instruct their counsel regarding their submissions on the applicability of the *Dagenais/Mentuck* test and whether that test required that the Named Person's extradition proceedings be held *in camera*. The respondents also applied for an order that they be allowed to review the documents prepared by the *amicus curiae* upon filing undertakings of non-disclosure.

13 The extradition judge allowed this application and ordered that counsel for the respondents as well as specific representatives of each respondent be allowed to review the *amicus* documents on each individual filing an undertaking of confidentiality.

des médias — y compris les avocats de tous les intimés en l'espèce — ont assisté à l'audience. Le juge d'extradition a ensuite ordonné la tenue d'une autre audience au cours de laquelle il entendrait les observations sur [TRADUCTION] « les questions relatives au huis clos » (par. 28) et à la pondération du privilège et du droit des médias et du public à la publicité des débats judiciaires. Malgré l'opposition vigoureuse des avocats des deux appelants, le juge d'extradition a permis aux avocats des médias de dévoiler la teneur de l'audience à leurs clients, mais a rendu une ordonnance restreinte d'interdiction de publication visant l'instance.

À l'audience suivante, le juge d'extradition a entendu les observations du procureur général, de la personne désignée et des intimés concernant l'étendue du privilège revendiqué. Il a conclu que [TRADUCTION] « la règle du privilège relatif aux indicateurs de police ne commande pas automatiquement le huis clos » (par. 48) et que la décision de procéder à huis clos « doit être prise en conformité avec les principes établis dans les arrêts *Dagenais*, *Mentuck* et *Vancouver Sun (Re)* » (par. 48). Le juge d'extradition a donné aux médias l'autorisation de publier le fait que le tribunal avait entendu l'affaire à huis clos et avait jugé nécessaire de poursuivre les procédures à huis clos.

Le juge d'extradition a ensuite entendu des observations concernant les documents qui seraient communiqués aux avocats des intimés et à certains représentants des intimés à titre provisoire, afin que ceux-ci puissent préparer avec leurs avocats leurs observations sur l'applicabilité du critère énoncé dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* et sur la nécessité, à la lumière de ce critère, de tenir à huis clos l'audience d'extradition de la personne désignée. Les intimés ont de plus demandé une ordonnance les autorisant, après le dépôt de leurs engagements de non-communication, à passer en revue les documents préparés par l'*amicus curiae*.

Le juge d'extradition a fait droit à cette demande et a rendu une ordonnance autorisant les avocats des intimés ainsi que certains représentants de chaque intimé à passer en revue les documents de l'*amicus curiae*, sous réserve du dépôt par chacun d'un engagement de confidentialité.

It is this order, currently stayed, that the appellants contest in this Court.

III. Analysis

At stake here are two important principles which seem fundamentally opposed. The principle of informer privilege provides an all but absolute bar against revealing any information which might tend to identify a confidential informer. The open court principle, on the other hand, provides that information which is before a court ought to be public information to the extent possible. How are these two principles to be reconciled? In order to answer this question, I will examine each of them in turn. The result of this exercise will be a model procedure to guide judges in similar situations.

A. *Informer Privilege*

Police work, and the criminal justice system as a whole, depend to some degree on the work of confidential informers. The law has therefore long recognized that those who choose to act as confidential informers must be protected from the possibility of retribution. The law's protection has been provided in the form of the informer privilege rule, which protects from revelation in public or in court of the identity of those who give information related to criminal matters in confidence. This protection in turn encourages cooperation with the criminal justice system for future potential informers.

A useful summary of the rule was set out by Cory J.A. (as he then was) in his decision in *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (Ont. C.A.), at pp. 5-6, and adopted by McLachlin J. (as she then was) in her reasons in this Court's decision in *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 9:

> The rule against the non-disclosure of information which might identify an informer is one of long standing. It developed from an acceptance of the importance of the role of informers in the solution of crimes and

C'est cette ordonnance, encore en sursis, que les appelants contestent devant notre Cour. 14

III. Analyse

Sont en jeu en l'espèce deux principes importants qui semblent fondamentalement opposés. La règle du privilège relatif aux indicateurs de police interdit de façon presque absolue la communication de tout renseignement susceptible de permettre l'identification d'un indicateur confidentiel. Suivant le principe de la publicité des débats judiciaires par contre, le public doit dans la mesure du possible avoir accès aux renseignements fournis aux tribunaux judiciaires. Comment peut-on concilier ces deux principes? Pour répondre à cette question, j'examinerai chacun à tour de rôle. Cette analyse débouchera sur une démarche type qui servira de guide aux juges dans des situations analogues. 15

A. *Privilège relatif aux indicateurs de police*

Le travail des policiers et le système de justice pénale dans son ensemble sont, dans une certaine mesure, tributaires de l'initiative des indicateurs confidentiels. Ainsi, il est depuis longtemps reconnu en droit que les personnes choisissant de servir d'indicateur confidentiel doivent être protégées des représailles possibles. Le privilège relatif aux indicateurs de police est la règle de droit qui empêche l'identification, en public ou en salle d'audience, des personnes qui fournissent à titre confidentiel des renseignements concernant des matières criminelles. Cette protection encourage par ailleurs les indicateurs éventuels à collaborer avec le système de justice pénale. 16

Dans l'arrêt *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (C.A. Ont.), p. 5-6, le juge Cory (plus tard juge de notre Cour) a fait un résumé utile de cette règle et son résumé a été repris par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans les motifs qu'elle a rédigés dans l'arrêt *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 9 : 17

> [TRADUCTION] La règle interdisant la divulgation de renseignements susceptibles de permettre d'établir l'identité d'un indicateur existe depuis très longtemps. Elle trouve son origine dans l'acceptation de l'importance du

the apprehension of criminals. It was recognized that citizens have a duty to divulge to the police any information that they may have pertaining to the commission of a crime. It was also obvious to the courts from very early times that the identity of an informer would have to be concealed, both for his or her own protection and to encourage others to divulge to the authorities any information pertaining to crimes. It was in order to achieve these goals that the rule was developed. [Emphasis added.]

18 This passage usefully recognizes the dual objectives which underlie the informer privilege rule. Not only does the ban on revealing the informer's identity protect that informer from possible retribution, it also sends a signal to potential informers that their identity, too, will be protected. Without taking away from the particular protection afforded by the rule to an individual informer in a given case, we must emphasize the general protection afforded by the rule to *all* informers, past and present.

19 This general protection is so important that it renders informer privilege a matter beyond the discretion of a trial judge. As McLachlin J. wrote in *Leipert* at para. 12:

> Informer privilege is of such importance that once found, courts are not entitled to balance the benefit enuring from the privilege against countervailing considerations .... [Emphasis added.]

20 To similar effect was the Court's finding in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 93, that the application of the rule "does not depend on the judge's discretion, as it is a legal rule of public order by which the judge is bound".

21 Thus a court does not have any discretion with regard to the privilege; a court is under a duty to protect the informer's identity. Indeed, the duty of a court not to breach the privilege is of the same nature as the duty of the police or the Crown.

22 It deserves emphasizing here that the rationale for the privilege's existence is not something that

rôle des indicateurs dans le dépistage et la répression du crime. On a reconnu que les citoyens ont le devoir de divulguer à la police tout renseignement qu'ils peuvent détenir relativement à la perpétration d'un crime. Les tribunaux ont réalisé très tôt l'importance de dissimuler l'identité des indicateurs, à la fois pour assurer leur propre sécurité et pour encourager les autres à divulguer aux autorités tout renseignement concernant un crime. La règle a été adoptée en vue de réaliser ces objectifs. [Je souligne.]

Ce passage fait utilement ressortir le double objectif sur lequel repose la règle du privilège relatif aux indicateurs de police. L'interdiction de dévoiler l'identité de l'indicateur sert non seulement à protéger l'indicateur de représailles possibles, mais aussi à envoyer aux indicateurs éventuels le message que leur identité sera elle aussi protégée. Sans minimiser l'importance de la protection particulière assurée par la règle à un indicateur donné, il nous faut mettre l'accent sur la protection générale que la règle assure à *tous* les indicateurs, antérieurs et actuels.

Cette protection générale revêt une telle importance que l'application de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police écarte le pouvoir discrétionnaire des juges de première instance. La juge McLachlin s'est exprimée ainsi dans l'arrêt *Leipert* au par. 12 :

> Le privilège relatif aux indicateurs de police revêt une telle importance qu'une fois qu'ils ont conclu à son existence, les tribunaux ne peuvent pas soupeser l'avantage qui en découle en fonction de facteurs compensatoires ... [Je souligne.]

Notre Cour est arrivée à une conclusion dans le même sens dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, p. 93, en affirmant que l'application de la règle « ne relève en rien de la discrétion du juge car c'est une règle juridique d'ordre public qui s'impose au juge ».

Ainsi, un tribunal n'a aucun pouvoir discrétionnaire relativement au privilège; il est tenu de protéger l'identité de l'indicateur. En fait, le devoir du tribunal de ne pas enfreindre ce privilège est le même que celui de la police ou du ministère public.

Il faut souligner ici que les raisons qui justifient l'existence du privilège ne permettent pas que l'on

allows for weighing on a case-by-case basis the maintenance or scope of the privilege depending on what risks the informer might face. Informer privilege is a class privilege that always applies when it has been established that a confidential informer is present.

Once it has been established that the privilege exists, the court is bound to apply the rule. It is the non-discretionary nature of the informer privilege rule which explains that the rule is referred to as "absolute": see R. W. Hubbard, S. Magotiaux and S. M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (loose-leaf), at p. 2-7. The Crown has a similar obligation: the privilege is "owned" by both the Crown and the informer himself, so the Crown has no right to disclose the informer's identity: *Leipert*, at para. 15.

This is a highly exceptional case. Usually, the informer is not a party to the proceedings, nor is he or she going to be a witness. The Crown will not be presenting his or her evidence. The confidential information is used by the police in its investigation, leading to evidence that will be presented in the usual way. The question of informer privilege is more likely to arise indirectly at trial, as when counsel seeks to cross-examine a Crown witness on whether he or she is or has been a confidential informer, or when a police officer is questioned on what led him or her to take a certain step and the officer invokes the informer privilege. Where such an informer reveals his or her identity, this would normally signify that he or she desires to waive the privilege. This could not have been the case in the present context however. Here, the Named Person came forth for the very purpose of enforcing the confidential informer agreement. The extradition judge was wrong in finding that the Named Person compromised the privilege by revealing his status. The extradition judge's decision on waiver is possibly due to the unusual circumstances of this case and the absence of clear precedent to provide guidance.

évalue au cas par cas le maintien ou la portée du privilège en fonction des risques auxquels pourrait s'exposer l'indicateur. Le privilège relatif aux indicateurs de police est un privilège générique s'appliquant chaque fois que la présence d'un indicateur confidentiel est établie.

23 Dès lors que l'existence du privilège est démontrée, le tribunal a l'obligation d'appliquer la règle. C'est parce qu'elle revêt un caractère non discrétionnaire que la règle du privilège relatif aux indicateurs de police est qualifiée d'« absolue » : voir R. W. Hubbard, S. Magotiaux et S. M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (feuilles mobiles), p. 2-7. Le ministère public a une obligation semblable : le privilège « appartient » tant au ministère public qu'à l'indicateur lui-même, de sorte que le ministère public n'a pas le droit de révéler l'identité de l'indicateur : *Leipert*, par. 15.

24 Le présent pourvoi revêt un caractère tout à fait exceptionnel. Habituellement, l'indicateur n'est pas une partie à l'instance et ne sera pas cité comme témoin. Le ministère public ne présentera pas ses éléments de preuve. Les renseignements confidentiels sont utilisés par la police dans le cadre de son enquête et mènent à l'obtention des éléments de preuve qui seront présentés de la manière habituelle. La question du privilège relatif aux indicateurs de police est plus susceptible de se poser indirectement lors du procès, par exemple lorsque l'avocat veut contre-interroger un témoin du ministère public pour savoir s'il est ou a été indicateur confidentiel, ou lorsqu'un policier est interrogé sur les raisons qui l'ont amené à prendre une certaine mesure et qu'il invoque alors le privilège relatif aux indicateurs de police. S'il dévoile son identité, l'indicateur laisse généralement entendre qu'il souhaite renoncer au privilège. Il n'aurait pas pu en être ainsi dans le présent contexte toutefois. En l'espèce, la personne désignée s'est manifestée dans le but exprès de faire respecter l'entente de confidentialité qu'elle avait conclue. Le juge d'extradition a eu tort de conclure que la personne désignée avait violé le privilège en se manifestant. La décision du juge relative à la renonciation est peut-être attribuable aux circonstances peu ordinaires de l'affaire et à l'absence d'un précédent clair pour le guider.

25 Moreover, the informer himself or herself cannot unilaterally decide to "waive" the privilege. The authors of *The Law of Evidence in Canada* write, at p. 883, that "[t]he privilege belongs to *both* the Crown and the informer and thus the informer alone cannot 'waive' the privilege and neither can a party in a civil proceeding": J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999) (emphasis in original). Courts in the United Kingdom have found that a court may refuse to disclose an informer's identity even if he or she has explicitly requested disclosure: see *Powell v. Chief Constable of North Wales Constabulary*, [1999] E.W.J. No. 6844 (QL) (C.A.), and *Savage v. Chief Constable of Hampshire*, [1997] 1 W.L.R. 1061 (C.A.).

26 In addition to its absolute non-discretionary nature, the rule is extremely broad in its application. The rule applies to the identity of every informer: it applies where the informer is not present, where the informer is present, and even where the informer himself or herself is a witness. It applies to both documentary evidence and oral testimony: Sopinka, Lederman and Bryant, at pp. 882-83. It applies in criminal and civil trials. The duty imposed to keep an informer's identity confidential applies to the police, to the Crown, to attorneys and to judges: Hubbard, Magotiaux and Duncan, at p. 2-2. The rule's protection is also broad in its coverage. *Any* information which might tend to identify an informer is protected by the privilege. Thus the protection is not limited simply to the informer's name, but extends to any information that might lead to identification.

27 The informer privilege rule admits but one exception: it can be abridged if necessary to establish innocence in a criminal trial (there are no exceptions to the rule in civil proceedings). According to the innocence at stake exception, "there must be a basis on the evidence for concluding that disclosure of the informer's identity is necessary to demonstrate the innocence of the accused": *Leipert*, at para. 21. It stands to be emphasized that the exception will apply only if there is an evidentiary basis for the conclusion; mere speculation will not

De plus, l'indicateur lui-même ne peut décider unilatéralement de « renoncer » au privilège. Selon les auteurs de *The Law of Evidence in Canada*, à la p. 883, [TRADUCTION] « [l]e privilège appartient *à la fois* au ministère public et à l'indicateur et, partant, l'indicateur ne peut prendre seul la décision d'y renoncer, ni non plus une partie en matière civile » : J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2e éd. 1999) (en italique dans l'original). Au Royaume-Uni, les tribunaux ont conclu qu'un juge peut refuser de dévoiler l'identité d'un indicateur, même si ce dernier lui présente une demande expresse en ce sens : voir *Powell c. Chief Constable of North Wales Constabulary*, [1999] E.W.J. No. 6844 (QL) (C.A.), et *Savage c. Chief Constable of Hampshire*, [1997] 1 W.L.R. 1061 (C.A.).

Outre son caractère absolu et non discrétionnaire, la règle est d'application extrêmement large. Elle s'applique à l'identité de tout indicateur de police, qu'il soit ou non présent et même s'il est lui-même un témoin. Elle s'applique tant à la preuve documentaire qu'aux témoignages de vive voix : Sopinka, Lederman et Bryant, p. 882-883. Elle s'applique en matières pénales et civiles. L'obligation de garder secrète l'identité des indicateurs est imposée aux policiers, au ministère public, aux avocats et aux juges : Hubbard, Magotiaux et Duncan, p. 2-2. La règle offre également une protection très étendue. *Tous* les renseignements susceptibles de permettre l'identification d'un indicateur sont protégés par le privilège. Ainsi, la protection ne vise pas uniquement le nom de l'indicateur de police, mais aussi tous les renseignements susceptibles de servir à l'identifier.

La règle du privilège relatif aux indicateurs de police n'admet qu'une seule exception : elle peut être écartée si cette mesure est nécessaire pour démontrer l'innocence de l'accusé dans une procédure pénale (il n'y a pas d'exception à la règle en matière civile). Suivant l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé, « la preuve doit révéler l'existence d'un motif de conclure que la divulgation de l'identité de l'indicateur est nécessaire pour démontrer l'innocence de l'accusé » : *Leipert*, par. 21. Il y a lieu de souligner que l'exception

suffice: Sopinka, Lederman and Bryant, at p. 884. The exception applies only where disclosure of the informer's identity is the *only* way that the accused can establish innocence: *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32, at para. 4.

In this Court's decision in *Leipert*, it was clearly established that innocence at stake is the *only* exception to the informer privilege rule. The rule does not allow an exception for the right to make full answer and defence. Nor does the rule allow an exception for disclosure under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. Indeed, the Court's decision in *Leipert* suggests, at para. 24, that an absolute informer privilege rule, subject only to the innocence at stake exception, is consistent with the *Charter*'s provisions dealing with trial rights:

> To the extent that rules and privileges stand in the way of an innocent person establishing his or her innocence, they must yield to the *Charter* guarantee of a fair trial. The common law rule of informer privilege, however, does not offend this principle. From its earliest days, the rule has affirmed the priority of the policy of the law "that an innocent man is not to be condemned when his innocence can be proved" by permitting an exception to the privilege where innocence is at stake: *Marks v. Beyfus* [(1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.)]. It is therefore not surprising that this Court has repeatedly referred to informer privilege as an example of the policy of the law that the innocent should not be convicted, rather than as a deviation from it.

For the sake of clarity, it is useful to pause here to explain the law regarding what were argued before us as some "other" exceptions to the informer privilege rule. As already noted, the only real exception to the informer privilege rule is the innocence at stake exception: *Leipert*. All other purported exceptions to the rule are either applications of the innocence at stake exception or

s'applique uniquement s'il existe des preuves étayant une telle conclusion; les simples conjectures ne suffisent pas : Sopinka, Lederman et Bryant, p. 884. L'exception s'applique uniquement dans les cas où la divulgation de l'identité de l'indicateur de police est le *seul* moyen pour l'accusé de faire la preuve de son innocence : *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32, par. 4.

28 Dans l'arrêt *Leipert*, notre Cour a clairement établi que la démonstration de l'innocence de l'accusé est la *seule* exception à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police. Ne sont admis comme exception à la règle ni le droit à une défense pleine et entière, ni le droit à la communication de la preuve au titre de l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. D'ailleurs, dans l'arrêt *Leipert*, notre Cour a laissé entendre, au par. 24, que le privilège relatif aux indicateurs de police en tant que règle absolue, sous réserve uniquement de l'exception relative à la démonstration de l'innocence, est conforme aux dispositions de la *Charte* portant sur le droit à un procès équitable :

> Dans la mesure où des règles et privilèges empêchent une personne innocente d'établir son innocence, ils doivent céder le pas au droit à un procès équitable garanti par la *Charte*. Or, la règle de common law du privilège relatif aux indicateurs de police ne contrevient pas à ce principe. Dès son origine, la règle a reconnu la priorité du principe de droit selon lequel [TRADUCTION] « il ne faut pas condamner un innocent lorsqu'il est possible de prouver son innocence », en permettant de faire exception au privilège dans le cas où l'innocence d'une personne est en jeu : *Marks c. Beyfus* [(1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.)]. Il n'est donc pas étonnant que notre Cour ait, à maintes reprises, décrit le privilège relatif aux indicateurs de police comme un exemple du principe de droit voulant qu'on ne doive pas condamner une personne innocente, plutôt que comme une dérogation à ce principe.

29 Par souci de clarté, j'estime utile à ce moment d'expliquer l'état du droit en ce qui concerne quelques « autres » exceptions à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police qui ont été invoquées devant nous. Comme je l'ai déjà indiqué, l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé est la seule véritable exception au privilège relatif aux indicateurs de police : *Leipert*. Toutes

else examples of situations in which the privilege does not actually apply. For example, situations in which the informer is a material witness to a crime fall within the innocence at stake exception: *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at p. 996. The privilege does not apply to an individual whose role extends beyond that of an informer to being an *agent provocateur*: *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299 (Ont. C.A.); Hubbard, Magotiaux and Duncan, at p. 2-28. Similarly, situations in which s. 8 of the *Charter* is invoked to argue that a search was not undertaken on reasonable grounds may fall within the innocence at stake exception: *Scott*. Thus, as I noted, the only time that the privilege, once found, can be breached, is in the case of an accused raising the innocence at stake exception. All other so-called exceptions are simply applications of this one true exception: *Scott*, at p. 996; D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (4th ed. 2005), at p. 254.

30 In conclusion, the general rationale for the informer privilege rule requires a privilege which is extremely broad and powerful. Once a trial judge is satisfied that the privilege exists, a complete and total bar on any disclosure of the informer's identity applies. Outside the innocence at stake exception, the rule's protection is absolute. No case-by-case weighing of the justification for the privilege is permitted. All information which might tend to identify the informer is protected by the privilege, and neither the Crown nor the court has any discretion to disclose this information in any proceeding, at any time.

B. *The Open Court Principle*

31 The "open court principle" is a "hallmark of a democratic society", as this Court said in *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43, at para.

les autres prétendues exceptions à la règle constituent, en fait, soit des cas d'application de l'exception relative à la démonstration de l'innocence, soit des cas où le privilège ne s'applique pas réellement. Par exemple, les cas où l'indicateur de police est un témoin essentiel d'un crime sont visés par l'exception relative à la démonstration de l'innocence : *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, p. 996. Le privilège ne s'applique pas à la personne qui, en plus d'être un indicateur de police, a agi comme agent provocateur : *R. c. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299 (C.A. Ont.); Hubbard, Magotiaux et Duncan, p. 2-28. De même, l'exception relative à la démonstration de l'innocence peut s'appliquer dans les cas où l'art. 8 de la *Charte* est invoqué pour plaider qu'une fouille ou une perquisition n'était pas fondée sur des motifs raisonnables : *Scott*. Ainsi, comme je l'ai mentionné, l'exception relative à la démonstration de l'innocence d'un accusé est la seule exception au privilège, une fois son existence reconnue. Toutes les autres soi-disant exceptions ne constituent en fait que l'application de cette seule véritable exception : *Scott*, p. 996; D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (4e éd. 2005), p. 254.

En conclusion, la justification générale de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police exige un privilège extrêmement large et impératif. Une fois que le juge du procès est convaincu de l'existence du privilège, toute divulgation de l'identité de l'indicateur est absolument interdite. Mise à part l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé, la règle jouit d'une protection absolue. La justification du privilège ne peut faire l'objet d'une évaluation au cas par cas. Le privilège assure la protection de tous les renseignements susceptibles de permettre l'identification de l'indicateur de police, et ni le ministère public ni le tribunal n'ont le moindre pouvoir discrétionnaire de communiquer ces renseignements dans une instance, en aucun temps.

B. *Principe de la publicité des débats judiciaires*

Le « principe de la publicité des débats en justice » est une « caractéristique d'une société démocratique », comme notre Cour l'a déclaré dans

23. This principle, as the Court noted in that case, "has long been recognized as a cornerstone of the common law" (para. 24), and has been recognized as part of the law since as far back as *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), and *Ambard v. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322 (P.C.), where Lord Atkin wrote, at p. 335: "Justice is not a cloistered virtue". "Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion, and the surest of all guards against improbity" (J. H. Burton, ed., *Benthamiana: or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), at p. 115).

Open courts have several distinct benefits. Public access to the courts allows anyone who cares to know the opportunity to see "that justice is administered in a non-arbitrary manner, according to the rule of law": *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480 ("*CBC*"), at para. 22. An open court is more likely to be an independent and impartial court. Justice seen to be done is in that way justice more likely to be done. The openness of our courts is a "principal component" of their legitimacy: *Vancouver Sun*, at para. 25.

In addition to its longstanding role as a common law rule required by the rule of law, the open court principle gains importance from its clear association with free expression protected by s. 2(*b*) of the *Charter*. In the context of this appeal, it is important to note that s. 2(*b*) provides that the state must not interfere with an individual's ability to "inspect and copy public records and documents, including judicial records and documents" (*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1338, citing *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), at p. 597). La Forest J. adds at para. 24 of *CBC*: "[e]ssential to the freedom of the press to provide information to the public is the ability of the press to have access to this information" (emphasis added). Section 2(*b*)

l'arrêt *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43, par. 23. Comme notre Cour l'a signalé dans cet arrêt, ce principe « est depuis longtemps reconnu comme une pierre angulaire de la common law » (par. 24) et figure au nombre de nos principes de droit depuis les arrêts *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), et *Ambard c. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322 (C.P.), dans lequel lord Atkin s'est exprimé ainsi à la p. 335 : [TRADUCTION] « La justice ne se rend pas derrière des portes closes ». [TRADUCTION] « La publicité est le souffle même de la justice. Elle est la plus grande incitation à l'effort et la meilleure des protections contre l'improbité » (J. H. Burton, dir., *Benthamiana : or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), p. 115).

32 La publicité des débats judiciaires présente plusieurs avantages distincts. L'accès du public aux tribunaux offre à toute personne qui le souhaite la possibilité de constater « que la justice est administrée de manière non arbitraire, conformément à la primauté du droit » : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480 (« *Société Radio-Canada* »), par. 22. La publicité des débats judiciaires favorise l'indépendance et l'impartialité des tribunaux. S'il y a apparence de justice, il est alors plus probable que justice soit rendue. La publicité des débats constitue « l'élément principal » de la légitimité du processus judiciaire : *Vancouver Sun*, par. 25.

33 Outre son rôle de longue date comme règle de common law inhérente à la primauté du droit, le principe de la publicité des débats judiciaires est d'autant plus important qu'il est manifestement lié à la liberté d'expression, garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Dans le contexte du présent pourvoi, il importe de noter que l'al. 2*b*) dispose que l'État ne doit pas empêcher les particuliers « d'examiner et de reproduire les dossiers et documents publics, y compris les dossiers et documents judiciaires » (*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1338, citant *Nixon c. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), p. 597). Le juge La Forest ajoute au par. 24 de l'arrêt *Société Radio-Canada* que « [p]our que la presse exerce sa liberté d'informer le public, il

also protects the ability of the press to have access to court proceedings (*CBC*, at para. 23; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, at para. 53).

34 Returning to our examination of the open court principle, I note that it is clearly a broad principle of general application to all judicial proceedings. The principle has gained some jurisprudential purchase through this Court's decisions in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76. In those decisions, the Court developed a test — colloquially known as the *Dagenais/Mentuck* test — "to balance freedom of expression and other important rights and interests, thereby incorporating the essence of the balancing of the *Oakes* test": *Vancouver Sun*, at para. 28. The test has two parts, which mirror the minimal impairment and proportionality steps in the s. 1 analysis set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The test was set out at para. 23 of *Mentuck*.

35 However, we need not delve into a detailed analysis of the *Dagenais/Mentuck* test. As the Court made clear in *Dagenais*, at pp. 874-75, the test was intended to apply only to exercises of discretionary power by a trial judge. This understanding of the test was reaffirmed in *Vancouver Sun*, at para. 31, where Iacobucci and Arbour JJ. expanded the application of the test beyond discretionary publication bans (which were at issue in the *Dagenais* and *Mentuck* decisions) to "all discretionary actions by a trial judge to limit freedom of expression by the press during judicial proceedings" (emphasis added).

36 The *Dagenais/Mentuck* test has a wide area of application, but we must take caution not to widen it beyond its proper scope. The test was never intended to apply to all actions limiting freedom of

est essentiel qu'elle puisse avoir accès à l'information » (je souligne). L'alinéa 2*b*) protège également le droit de la presse d'assister aux instances judiciaires (*Société Radio-Canada*, par. 23; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, par. 53).

Revenant à notre examen du principe de la publicité des débats judiciaires, je constate qu'il s'agit manifestement d'un principe général s'appliquant à toutes les procédures judiciaires. Ce principe est reconnu dans la jurisprudence depuis que notre Cour a rendu les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76. Dans ces arrêts, notre Cour a élaboré un critère — couramment appelé le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck* — « afin de pondérer la liberté d'expression avec d'autres droits et intérêts, incorporant ainsi l'essence de la pondération selon le critère de l'arrêt *Oakes* » : *Vancouver Sun*, par. 28. Le critère comporte deux volets, qui reprennent les étapes de l'analyse de l'article premier relatives à l'atteinte minimale et à la proportionnalité énoncées dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le critère a été formulé au par. 23 de l'arrêt *Mentuck*.

Toutefois, il n'est pas nécessaire d'analyser en profondeur le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck*. Comme la Cour l'a clairement indiqué dans *Dagenais*, p. 874-875, le critère devait uniquement s'appliquer à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Cette interprétation du critère a été réaffirmée dans l'arrêt *Vancouver Sun*, par. 31, où les juges Iacobucci et Arbour ont étendu l'application du critère, élaboré dans le contexte des interdictions de publication d'ordre discrétionnaire (en cause dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*) pour qu'il « s'applique également chaque fois que le juge de première instance exerce son pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d'expression de la presse durant les procédures judiciaires » (je souligne).

Le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck* est d'application très large, mais il faut veiller à ne pas en étendre la portée au-delà des limites voulues. Il n'a jamais été question de l'appliquer à toutes les

expression in a court. The limitation to discretionary action was clear from the test's first incarnation in *Dagenais*, where Lamer C.J. wrote at pp. 874-75:

> Challenges to publication bans may be framed in several different ways, depending on the nature of the objection to the ban. If legislation requires a judge to order a publication ban, then any objection to that ban should be framed as a *Charter* challenge to the legislation itself. Similarly, if a common law rule requires a judge to order a publication ban or authorizes a judge to order a publication ban that infringes *Charter* rights in a manner not reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, then any objection to that ban should be framed as a *Charter* challenge to the common law rule. [Emphasis in original.]

As should now be clear from the examination of the informer privilege rule, it is this last situation which faces the Court in this case. *Dagenais/Mentuck*, insofar as that line of cases now represents a "test" for the application of the open court principle in discretionary action by courts, does not apply to the privilege in this case. The informer privilege rule does *not* provide a trial judge with a discretionary power to order a publication ban. Quite the contrary. When a trial judge finds that an informer privilege exists, then, as the Court stated in *Bisaillon v. Keable*, at p. 93, "[i]ts application does not depend on the judge's discretion, as it is a legal rule of public order by which the judge is bound".

C. *Secrecy and Openness*

What is being argued in this case is that the informer privilege rule is discretionary, and that judges have the power to determine, on a

mesures visant à restreindre la liberté d'expression devant les tribunaux. Le critère devait manifestement s'appliquer uniquement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire et ce, dès son élaboration dans l'arrêt *Dagenais*, où le juge en chef Lamer a déclaré ce qui suit aux p. 874-875 :

> La contestation d'une interdiction de publication peut prendre différentes formes, suivant la nature de l'opposition à l'interdiction. Si, aux termes d'une disposition législative, le juge doit rendre une ordonnance de non-publication, toute opposition à cette ordonnance devrait prendre la forme d'une contestation de la disposition législative, fondée sur la *Charte*. De même, si une règle de common law contraint un juge ou l'autorise à rendre une ordonnance de non-publication qui viole des droits garantis par la *Charte* d'une façon qui n'est pas raisonnable et qui ne peut se justifier dans une société libre et démocratique, toute opposition à cette ordonnance devrait revêtir la forme d'une contestation de la règle de common law, fondée sur la *Charte*. [Souligné dans l'original.]

37 Il devrait désormais clairement ressortir de l'examen de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police que c'est de cette dernière situation dont notre Cour est saisie en l'espèce. Les arrêts *Dagenais/Mentuck*, dans la mesure où ce courant jurisprudentiel constitue désormais le « critère » devant servir de fondement à l'application du principe de la publicité des débats judiciaires dans le cas de l'exercice par les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire, ne s'appliquent pas au privilège revendiqué en l'espèce. La règle du privilège relatif aux indicateurs de police *ne* confère *pas* au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance d'interdiction de publication. Bien au contraire. Lorsque le juge du procès conclut à l'existence d'un privilège relatif aux indicateurs de police, alors, comme la Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, p. 93, « [s]on application ne relève en rien de la discrétion du juge car c'est une règle juridique d'ordre public qui s'impose au juge ».

C. *Secret et transparence*

38 En l'espèce, on affirme que la règle du privilège relatif aux indicateurs de police est discrétionnaire et que les juges ont le pouvoir de déterminer, dans

case-by-case basis, whether the courtroom should be closed to protect informer privilege.

39 This proposition cannot be accepted. The informer privilege rule is mandatory (subject only to the "innocence at stake" exception). To permit trial judges wide discretion in determining whether to protect informer privilege would undermine the purposes of the rule. Part of the rationale for a mandatory informer privilege rule is that it encourages would-be informers to come forward and report on crimes, safe in the knowledge that their identity will be protected. A rule that gave trial judges the power to decide on an *ad hoc* basis whether to protect informer privilege would create a significant disincentive for would-be informers to come forward, thereby eviscerating the usefulness of informer privilege and dealing a great blow to police investigations.

40 Although a judge has no discretion not to apply the informer privilege rule, to ensure that the open court principle is respected, we must ensure that it retains the maximum effect possible by requiring that the informer privilege cover only that information which would in fact tend to reveal an informer's identity; all other information regarding the proceeding would continue to be information which should be published under the open court principle. It is clear therefore that an informer need simply indicate that it is necessary to proceed *in camera*. No reasons need be given at this point because the basis of the informer status is the very issue to be examined *in camera* at the first stage, i.e. at the stage where the privilege is to be found to be present.

41 In more practical terms, this will mean that a trial judge must have the authority to hold an entire proceeding *in camera* if informer privilege is found to be present; however, an entirely *in camera* proceeding should be seen as a last resort. A judge

chaque cas, si la protection du privilège exige le huis clos.

Cette proposition est inacceptable. La règle du privilège relatif aux indicateurs de police est impérative (sous réserve seulement de l'exception de la « démonstration de l'innocence de l'accusé »). Accorder aux juges du procès un vaste pouvoir discrétionnaire leur permettant de déterminer si le privilège relatif aux indicateurs de police doit être protégé minerait les fins de cette règle. La règle impérative du privilège relatif aux indicateurs de police se justifie en partie parce qu'elle encourage les indicateurs éventuels à se manifester et à dénoncer les crimes, confiants que leur identité sera protégée. Une règle qui accorderait aux juges du procès le pouvoir de déterminer dans chaque cas si le privilège de l'indicateur doit être protégé aurait pour effet de décourager les indicateurs éventuels de se manifester, ce qui anéantirait ainsi l'utilité du privilège et porterait un grand coup aux enquêtes policières.

Même si un juge ne peut à sa discrétion refuser d'appliquer la règle du privilège relatif aux indicateurs de police, nous devons, afin d'assurer le respect du principe de la publicité des débats judiciaires, veiller à ce qu'il produise son effet dans toute la mesure du possible en exigeant que le privilège relatif aux indicateurs de police s'applique uniquement aux renseignements réellement susceptibles de révéler l'identité de l'indicateur; tous les autres renseignements sur l'instance demeureraient des renseignements pouvant être publiés en application du principe de la publicité des débats judiciaires. Par conséquent, l'indicateur n'a qu'à indiquer que l'audience doit se dérouler à huis clos. Il n'est pas tenu de justifier sa demande à ce moment parce que son rôle d'indicateur de police constitue la question même qui sera tranchée à huis clos à la première étape, c'est-à-dire à l'étape où le juge doit décider si un privilège existe.

C'est donc dire, plus concrètement, que s'il conclut à l'existence du privilège relatif aux indicateurs de police, le juge du procès doit avoir le pouvoir de tenir toute la procédure à huis clos. Toutefois, il ne devrait prendre une telle mesure

ought to make every effort to ensure that as much information as possible is made public, and that disclosure and publication are restricted only for that information which might tend to reveal the informer's identity.

This approach is in line with the one taken to the open court principle in *Dagenais* and *Mentuck*. As noted above (at para. 35), the test set out in those cases is a particular attempt to balance open courts with secrecy requirements in situations of judicial discretion. In other words, it is one application of the open court principle to a situation of secrecy. This case presents a different application: where the secrecy arises out of the informer privilege rule and allows the trial judge no discretion, *Dagenais/Mentuck* does not apply.

In this case, the trial judge found that the common law rule requiring a publication ban was discretionary. He therefore disposed of the appellant Named Person's claim as if it were governed by the *Dagenais/Mentuck* test. With respect, he erred in this regard. As a result, the parties chose not to bring the *Charter* application required to challenge a mandatory common law rule, and there is no *Charter* challenge before us.

The range of situations in which the open court principle and informer privilege are in conflict is not easy to describe in the abstract. As noted earlier, informer privilege arises most often in the course of a criminal trial, when a Crown witness is asked on cross-examination about the source of some information which led to the trial. I do not think it is necessary at this time to weigh in on the specific application of the open courts principle in such circumstances. The facts before this Court in this case present a different, less common

qu'en dernier ressort. Le juge doit prendre toutes les mesures possibles pour assurer au public l'accès le plus complet aux débats et ne restreindre la communication et la publication de renseignements que si ces renseignements sont susceptibles de révéler l'identité de l'indicateur.

42 Cette approche est conforme à la démarche retenue dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* à l'égard du principe de la publicité des débats judiciaires. Comme je l'ai déjà fait remarquer (au par. 35), le critère énoncé dans ces arrêts visait en particulier à établir l'équilibre entre le principe de la publicité des débats judiciaires et les exigences de confidentialité dans les cas où les juges exercent leur pouvoir discrétionnaire. En d'autres termes, il s'agit d'un cas d'application du principe de la publicité des débats judiciaires à une cause assujettie au secret. Il n'en est pas ainsi en l'espèce : si l'exigence de confidentialité découle de l'application de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police et ne laisse aucun pouvoir discrétionnaire au juge, le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck* ne s'applique pas.

43 En l'espèce, le juge de première instance a décidé que la règle de common law exigeant une interdiction de publication était discrétionnaire. Il a donc rendu sa décision à l'égard de la demande de la personne désignée comme si le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck* s'appliquait. En toute déférence, il a commis une erreur à cet égard. En conséquence, les parties ont choisi de ne pas invoquer la *Charte* pour contester une règle de common law impérative, et nous ne sommes pas saisis d'une contestation fondée sur la *Charte*.

44 Il n'est pas facile de décrire dans l'abstrait toutes les situations dans lesquelles il peut y avoir conflit entre le principe de la publicité des débats judiciaires et le privilège relatif aux indicateurs de police. Comme je l'ai indiqué précédemment, le privilège relatif aux indicateurs de police est le plus souvent revendiqué dans le contexte d'un procès criminel, lorsqu'un témoin du ministère public est contre-interrogé au sujet de la source de certains renseignements ayant occasionné la tenue du procès. À mon sens, il n'est pas

circumstance in which the open court principle must still accommodate the protection of informer privilege. In order to see clearly how this ought to play out, I think it is useful to describe the procedure to be followed by a judge in a case of informer privilege such as the one before the Court. The procedure described below, although informed by the particular facts of this case, will nonetheless provide guidance in all cases where a question of informer privilege arises; other circumstances may of course require the court to modify this approach accordingly.

nécessaire à ce moment d'examiner l'application particulière du principe de la publicité des débats judiciaires dans de telles circonstances. En l'espèce, les faits soumis à notre Cour indiquent une situation différente et moins commune où le principe de la publicité des débats judiciaires doit permettre l'application du privilège relatif aux indicateurs de police. Afin d'illustrer clairement la façon de procéder, j'estime utile de décrire la démarche que doit suivre le juge saisi d'une cause faisant intervenir le privilège relatif aux indicateurs de police comme en l'espèce. La marche à suivre exposée ci-après, bien qu'elle soit fonction des faits propres à l'espèce, pourra quand même servir d'exemple dans tous les cas où se pose une question de privilège relatif aux indicateurs de police; le tribunal pourra bien sûr modifier la démarche pour l'adapter à des faits différents.

D. *The Procedure to Be Followed*

D. *La démarche*

45 The interface between the informer privilege rule and the open court principle in the context of a hearing where a party claims to be a confidential police informant must at the same time allow for the protection of the identity of the informer from any possibility of disclosure and the maintenance of public access to the courtroom to the greatest extent possible. In order to best illustrate how this can be achieved, I will in what follows set out a procedure to be followed in a case such as the one before the Court, where an individual who is in the midst of criminal or quasi-criminal proceedings for some reason discloses to the court his or her status as a confidential informer.

Dans le contexte d'une audience où une partie affirme être un indicateur confidentiel de la police, la relation entre la règle du privilège relatif aux indicateurs de police et le principe de la publicité des débats judiciaires doit à la fois permettre la protection de l'indicateur contre toute possibilité que son identité soit révélée et assurer, dans la mesure du possible, l'accès du public à la salle d'audience. Pour bien illustrer le moyen d'atteindre cet objectif, j'exposerai ci-après une démarche à suivre dans un cas comme celui qui nous occupe où, dans une instance criminelle ou quasi criminelle, une personne dévoile au tribunal son rôle d'indicateur confidentiel.

46 In such a proceeding, the parties before the judge will be the individual and the Attorney General of Canada (or the Crown). If the individual wishes to make a claim that he or she is a confidential informer, he or she should ask the judge to adjourn the proceedings immediately and continue *in camera*. The proceedings will proceed *in camera*, with only the individual and the Attorney General present, in order to determine if sufficient evidence exists to determine that the person is a confidential informer and therefore able to claim informer privilege.

Dans une telle instance, les parties seront la personne qui revendique le privilège et le procureur général du Canada (ou le ministère public). Si la personne souhaite revendiquer le rôle d'indicateur confidentiel, elle doit demander au juge de prononcer sans tarder l'ajournement et de poursuivre l'audition de l'affaire à huis clos. L'instance se poursuivra à huis clos en présence uniquement de cette personne et du procureur général afin que le juge détermine si la preuve est suffisante pour conclure que la personne est un indicateur confidentiel et, partant, qu'elle peut revendiquer le privilège.

While the judge is determining whether the privilege applies, all caution must be taken on the assumption that it does apply. This means that under no circumstances should any third party be admitted to the proceedings, and even the claim of informer privilege must not be disclosed. The only parties admitted in this part of the proceeding are the person who seeks the protection of the privilege and the Attorney General. It is the responsibility of the judge at this stage to demand from the parties some evidence which satisfies the judge, on balance, that the person is a confidential informer. Once it has been established on the evidence that the person is a confidential informer, the privilege applies. I cannot overemphasize the importance of this last point. The judge *has no discretion* not to apply the privilege: *Bisaillon v. Keable*, at p. 93. If the person is an informer, the privilege applies fully.

Of course, we must make allowances for the difficult position that the judge will be in, namely an *in camera* proceeding in which both parties — the alleged informer and the Attorney General — will often both be arguing in favour of the same conclusion. (Conceivably, of course, the Attorney General might dispute the individual's claim to informer privilege status.) If such a circumstance should arise, the non-adversarial nature of the proceedings at this stage may cause concern. Therefore, it may be permissible in some cases for a judge to appoint an *amicus curiae* in order to assist in the determination of whether or not the evidence supports the conclusion that the person is a confidential informer. However, the mandate of the *amicus* must be precise, and the role of the *amicus* must be limited to this factual task. The legal issues are of another nature. The judge alone makes the legal determination that a confidential informer is present, and that the informer privilege applies. Here, the *amicus* was asked what was the scope of the privilege. Moreover, given the importance of protecting the confidential informer's identity, if a trial judge decides that the assistance of an *amicus* is needed, caution must be taken to ensure that the *amicus* is provided with only that information which is absolutely essential to determining if the

47 Alors que le juge détermine si le privilège s'applique, la plus grande prudence s'impose en supposant que le privilège s'applique. Ainsi, aucun tiers ne peut être admis dans la salle d'audience sous aucun prétexte, et même la revendication du privilège de l'indicateur ne doit pas être révélée. Les seules parties admises à cette étape de l'instance sont la personne qui demande la protection au titre du privilège et le procureur général. Il incombe au juge à cette étape d'exiger que les parties lui présentent des preuves qui, tout compte fait, le convaincront que la personne est un indicateur confidentiel. Une fois établi par la preuve le rôle d'indicateur confidentiel de la personne, le privilège s'applique. Je ne saurais trop insister sur l'importance de ce dernier point. Le juge *n'a pas le pouvoir* de refuser d'appliquer le privilège : *Bisaillon c. Keable*, p. 93. Si la personne est un indicateur, le privilège s'applique pleinement.

48 De toute évidence, il faut tenir compte de la position plutôt délicate dans laquelle se trouve le juge : il tient une audience à huis clos dans laquelle les deux parties — le présumé indicateur et le procureur général — plaident souvent toutes les deux dans le même sens. (Le procureur général pourrait, bien entendu, contester la revendication du privilège.) Le cas échéant, le caractère non contradictoire de l'instance à cette étape peut être source de préoccupation. Par conséquent, dans certains cas, il serait loisible au juge de nommer un *amicus curiae* qui l'aiderait à déterminer si la preuve permet de conclure que la personne est un indicateur confidentiel. Toutefois, l'*amicus curiae* doit être investi d'un mandat précis, et son rôle ne peut dépasser les limites de cette analyse des faits. Les questions de droit revêtent une toute autre nature. Le juge seul détermine, en droit, s'il est en présence d'un indicateur confidentiel et si le privilège de l'indicateur s'applique. Dans cette affaire, le juge a demandé à l'*amicus curiae* de se prononcer sur l'étendue du privilège. En outre, étant donné l'importance que revêt la protection de l'identité de l'indicateur confidentiel, le juge doit veiller, s'il estime que l'aide d'un *amicus curiae* est requise, à ne lui fournir que les renseignements dont il a absolument besoin pour déterminer si le privilège s'applique. Vu le mandat

privilege applies. Given the mandate of the *amicus* in the present case, it appears that the appointment was inappropriate.

49 In the course of the determination of whether or not the privilege applies, the proceedings will be carried on *in camera*. During this determination, the only parties with standing will be the Attorney General and the person claiming the protection of the privilege, in addition to an *amicus* with the mandate set out above, in those unusual situations in which the judge finds this to be necessary. No other parties have standing in this part of the proceeding. The reason for this is simple: since the determination of the applicability of the privilege is a simple matter of determining whether the person is indeed a confidential informer — I repeat that no balancing of competing legal interests or rights is at stake — no one else will have any arguments of value to contribute to this determination. Furthermore, allowing third parties standing at this stage would needlessly increase the risk of disclosure of the identity of the confidential informer.

50 Having established the existence of an informer privilege, the judge is charged with carrying on the proceedings without violating that privilege by disclosing any information that might tend to reveal the confidential informer's identity while at the same time protecting and promoting the values of the open court principle.

51 In determining the proper way of protecting informer privilege and realizing the open court principle, the judge must concern himself or herself with minimal intrusion. He or she may allow submissions from individuals or organizations other than the Attorney General and the informer at this point. This is of course because the Attorney General and the confidential informer will argue strenuously in favour of restricting any and all disclosure of information related to the proceeding, eliminating the efficiencies of the adversarial process. Restricted disclosure will of course be necessary to protect the privileged information, but the protection of the open court principle demands that all information necessary to ensure that meaningful submissions,

confié à l'*amicus curiae* dans cette affaire, sa nomination était manifestement inappropriée.

Les procédures menant à la décision que le privilège s'applique ou non se déroulent à huis clos. Les seules parties ayant alors qualité pour agir sont le procureur général et la personne qui revendique le privilège, de même que l'*amicus curiae* investi du mandat susmentionné dans les situations inusitées où le juge estime sa participation nécessaire. Aucune autre partie n'est autorisée à participer à cette étape de l'instance. Il en est ainsi tout simplement parce que, pour décider si le privilège s'applique, il suffit de déterminer si la personne est effectivement un indicateur confidentiel — je répète qu'il n'y pas d'intérêts juridiques ou de droits opposés à mettre en balance — et aucune autre personne ne peut présenter d'arguments utiles à cet égard. Qui plus est, donner à des tiers qualité pour agir à cette étape ne ferait qu'accroître inutilement le risque que l'identité de l'indicateur confidentiel soit dévoilée.

Une fois qu'il a conclu à l'existence d'un privilège relatif aux indicateurs de police, le juge doit poursuivre l'audition de l'affaire sans porter atteinte à ce privilège par la communication de tout renseignement susceptible de permettre l'identification de l'indicateur confidentiel, tout en protégeant et en favorisant les valeurs sur lesquelles repose le principe de la publicité des débats judiciaires.

Lorsqu'il détermine la façon appropriée de protéger le privilège relatif aux indicateurs de police et d'appliquer le principe de la publicité des débats judiciaires, le juge doit trouver une façon de limiter l'atteinte à ces principes. Il peut à cette étape permettre à des personnes ou des organismes autres que le procureur général et l'indicateur de présenter des observations. Il en est ainsi, bien sûr, parce que le procureur général et l'indicateur confidentiel plaideront énergiquement en faveur de la non-communication de tous les renseignements se rapportant à l'instance, écartant tout bénéfice du débat contradictoire. Bien sûr, la protection des renseignements auxquels s'attache le privilège imposera des limites à la communication de renseignements,

which can be disclosed without breaching the privilege, ought to be disclosed. Therefore, standing may be given at this stage to individuals or organizations who will make submissions regarding the importance of ensuring that the informer privilege not be overextended and the way in which that can be accomplished in the context of the case.

mais la protection du principe de la publicité des débats judiciaires exige la communication de tous les renseignements nécessaires à la présentation d'observations utiles et qui peuvent être communiqués sans qu'il soit porté atteinte au privilège. Par conséquent, la qualité pour agir peut à cette étape être reconnue à des personnes ou à des organismes dont les observations porteront sur l'importance de ne pas étendre outre mesure la portée du privilège relatif aux indicateurs de police et qui proposeront des moyens d'atteindre cet objectif dans le contexte de l'affaire.

A judge faced with an informer privilege who believes that it is in the interests of justice that notice of it be given ought to post in some public forum — ideally in hard copy at the courthouse as well as in electronic form over the internet — a notice to all interested parties regarding the existence of a proceeding in which informer privilege has been invoked. More often than not, of course, the individuals or organizations will be the media. 52

Un juge qui constate l'existence du privilège relatif aux indicateurs de police devrait, s'il estime qu'il est dans l'intérêt de la justice de donner avis de l'instance dans laquelle ce privilège a été revendiqué, afficher dans un lieu public — idéalement sur support papier au palais de justice ainsi que par voie électronique dans Internet — un avis adressé à toutes les parties intéressées. Le plus souvent, les personnes ou organismes seront bien entendu des médias.

The decision to post a public notice regarding the existence of the proceeding is a matter of discretion on the part of the judge. In other words, no one has a right, constitutional or otherwise, to be informed of all situations in which informer privilege is claimed. The reason for this is simply practical: there is no real difference — *vis-à-vis* the open court principle — between a situation in which informer privilege exists and any other situation in which some part of a proceeding takes place *in camera* — be it a situation of a child sexual assault victim, or a situation involving solicitor-client privilege. It would be unworkable and unreasonable to expect that literally every time an *in camera* proceeding is taking place, a judge has the obligation to publicize its existence and invite submissions from all comers on whether that proceeding should be held *in camera*. Nor should a judge choose "worthy" interveners. 53

La décision d'afficher un avis concernant l'instance relève de la discrétion du juge. En d'autres termes, nul n'a le droit, d'ordre constitutionnel ou autre, d'être informé de toutes les instances dans lesquelles est revendiqué le privilège relatif aux indicateurs de police. Il en est ainsi pour une raison bien pratique : il n'y a pas de différence réelle, s'agissant du principe de la publicité des débats judiciaires, entre une situation où il existe un privilège relatif aux indicateurs de police et toute autre situation où une partie de l'instance est tenue à huis clos, soit parce que la victime d'agression sexuelle est un enfant, soit parce que le privilège du secret professionnel de l'avocat a été invoqué. Il ne serait ni praticable ni raisonnable de s'attendre à ce que, chaque fois qu'il procède à huis clos, le juge ait l'obligation de publier un avis d'instance tenue à huis clos et d'inviter tout un chacun à présenter des observations sur l'opportunité du huis clos. Le juge ne devrait pas non plus choisir les intervenants « dignes ».

Instead, the judge retains discretion as to whether or not to provide public notice of the *in* 54

Le juge conserve plutôt le pouvoir discrétionnaire de décider s'il doit ou non donner avis au

camera proceeding involving informer privilege. The exercise of the discretion will depend on the circumstances, such as whether the holder of the privilege is present and plays an active role in court, for instance, as was the case here. Whether the judge issues notice, or (as can certainly happen) the media independently learns of the existence of the *in camera* proceeding, the next step in the procedure is to hear submissions to determine the extent of the need for *in camera* proceedings. It is at this point that the media is granted standing to present arguments on how informer privilege can be respected with minimal effect on the open court principle.

55 The question that the judge must ask is this: is a totally *in camera* proceeding justified on the basis that only an *in camera* proceeding will properly protect the informer privilege, or will sufficient protection be possible via other means, such as a partial *in camera* proceeding, or some other option? The guiding rule at this stage should always remain the following: the judge must accommodate the open court principle to as great an extent possible without risking a breach of the informer privilege. This rule is meant to protect informer privilege absolutely while minimally impairing the open court principle.

56 At this point in the proceeding, the persons with standing — which will now include the Attorney General, the confidential informer, and media representatives — will make submissions on how that rule will play out in the circumstances of each case. The correct result will of course depend on the circumstances of each case, but certain parameters are clear. On the one extreme is a case which must be heard entirely *in camera*. On the other side would be a situation in which the facts of the proceeding are sufficiently remote from the confidential informer's status as an informer so that much of the proceeding could be heard in open court without disclosing any information that might tend to

public de la tenue à huis clos de l'instance faisant intervenir le privilège relatif aux indicateurs de police. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire sera fonction des circonstances, par exemple si le titulaire du privilège est présent à l'audience et y intervient activement, comme cela s'est produit en l'espèce. Que le juge donne avis de l'audience à huis clos ou que les médias en apprennent l'existence autrement (ce qui peut certainement se produire), l'étape suivante consiste pour le juge à entendre les observations afin de déterminer dans quelle mesure une audience à huis clos est nécessaire. C'est à cette étape que les médias obtiennent l'autorisation de présenter des observations sur la façon d'assurer le respect du privilège relatif aux indicateurs de police tout en portant atteinte le moins possible au principe de la publicité des débats judiciaires.

Le juge doit se demander s'il est justifié d'imposer le huis clos à l'ensemble de la procédure parce que seul le huis clos permettra d'assurer le respect adéquat du privilège relatif aux indicateurs de police, ou s'il est possible d'offrir une protection suffisante par d'autres moyens, notamment en tenant une partie de l'instance à huis clos. Le principe directeur à cette étape devrait toujours rester le suivant : le juge doit favoriser dans toute la mesure possible la publicité des débats judiciaires sans risquer une violation du privilège relatif aux indicateurs de police. Ce principe vise à assurer le respect absolu du privilège relatif aux indicateurs de police tout en limitant l'atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires.

À cette étape de l'instance, les personnes ayant qualité pour agir — au nombre desquelles figurent désormais le procureur général, l'indicateur confidentiel et les représentants des médias — présentent des observations sur l'application de ce principe directeur compte tenu des faits de l'espèce. Le résultat retenu dépendra évidemment des faits de l'espèce, mais certains paramètres sont clairs. À la limite, il est possible que l'affaire doive être entendue entièrement à huis clos. Ou à l'opposé, il est possible que le lien entre les faits de l'affaire et le statut d'indicateur confidentiel de l'indicateur soit suffisamment ténu pour que l'audience se déroule dans une large mesure en public sans risque de

reveal his or her identity. In the most extreme case, perhaps no *in camera* proceedings would be necessary, and the informer might be able to be present in open court, hidden behind a screen. In the middle lies what I think will be the typical case, in which some of the proceedings — in particular any parts in which the informer's identity might be revealed — are heard *in camera* and other aspects — those in which there will be no risk of disclosure of the informer's identity, likely including many legal arguments — are heard in open court.

communication de renseignements susceptibles de permettre l'identification de l'indicateur. Dans le cas le plus extrême, il pourrait ne pas être nécessaire du tout de procéder à huis clos, et l'indicateur de police pourrait même assister à l'audience publique, caché derrière un écran. Entre ces deux situations opposées se trouve, à mon avis, le cas typique, c'est-à-dire le cas où l'instance se déroule en partie à huis clos — notamment pour les parties comportant un risque de dévoiler l'identité de l'indicateur —, et en partie en audience publique — notamment lorsqu'il n'existe pas de possibilité que l'identité de l'indicateur soit dévoilée, vraisemblablement pendant la présentation de nombreux arguments juridiques.

It is impossible to determine in the abstract how the two principles will be met; judges must use their judgment in following the guidelines set out above, ensure that the identity of an informer is always protected, and attempt to promote open courts within that framework.

57 Il est impossible de savoir, dans l'abstrait, comment ces deux principes seront respectés; les juges doivent appliquer les principes directeurs susmentionnés avec discernement, veiller à ce que l'identité de l'indicateur de police soit toujours protégée et tenter de favoriser la publicité des débats judiciaires dans ce contexte.

One issue which must be addressed is this: as noted, whether through notice or through their own resourcefulness, media groups may from time to time appear to make submissions on the proper procedure to use in a given case. In such a situation, what materials may be given to the media in order to allow them to make submissions? As in the case of the *amicus curiae* discussed above (at para. 48), the judge must be extremely careful in the information that is given to the media. The information must be limited only to non-identifying information which provides a general basis from which the media can argue to what extent the proceeding can be heard in open court; no identifying information can be given to the media under any circumstances. This would constitute a breach of the informer privilege and is outside the authority of the judge. At this stage minimal information should be given, that is, only that which is essential to make a legal argument of assistance to the judge.

58 Une question se pose : à la suite d'un avis ou par leurs propres moyens, les médias peuvent à l'occasion apprendre la tenue d'une audience et s'y présenter pour faire des observations sur la procédure à suivre dans un cas donné. Le cas échéant, quels documents peuvent être remis aux médias pour leur permettre de présenter des observations? Comme dans le cas de l'*amicus curiae* dont il est question ci-dessus (au par. 48), le juge doit faire preuve d'une extrême prudence pour ce qui est des renseignements fournis aux médias. L'information doit se limiter aux seuls renseignements qui ne permettent pas d'identifier l'indicateur et qui peuvent servir de fondement général à leurs observations sur la mesure dans laquelle les débats seront publics; aucun renseignement susceptible de permettre l'identification de l'indicateur ne peut être communiqué aux médias en aucun cas. Il s'agirait d'une violation du privilège relatif aux indicateurs de police et une telle décision ne relève pas du juge. À cette étape, il faut transmettre le moins de renseignements possibles, seuls ceux qui sont essentiels à la formulation d'arguments juridiques utiles au juge.

59 Moreover, circumstances may arise in which this information should be given not to the actual members of any media organizations who may wish to make submissions, but rather to their counsel only, as officers of the court. Since the information released will always be limited to non-identifying information, in some cases there may be no great harm in allowing members of the media themselves to see this information. However, this must remain within the discretion of the judge, as it is possible that the sensitivity of the information is such that the only way to ensure protection of the privilege is to insist that the information not be disclosed beyond counsel. In such a case, the media counsel will be given access only by agreeing to be bound by a court order not to disclose this information to their clients or to anyone else pending the court's decision on the extent of the *in camera* coverage. Of course, since media counsel cannot be forced to take information without revealing it to the media itself — as this would be a breach of counsel's obligation to their clients — allowing counsel to view this information on a limited basis must be accepted by the media in consultation with their counsel.

Qui plus est, dans certaines circonstances, il conviendrait de transmettre ces renseignements non pas aux membres eux-mêmes des médias qui souhaitent présenter des observations, mais plutôt à leurs avocats seulement, en leur qualité d'officiers de justice. Puisque les renseignements transmis se limiteront toujours à ceux qui ne permettent pas l'identification de l'indicateur, il pourrait ne pas être préjudiciable dans certains cas de permettre aux membres des médias eux-mêmes de prendre connaissance de ces renseignements. Toutefois, le juge conserve son pouvoir discrétionnaire à cet égard, puisqu'il est possible que le seul moyen de protéger le privilège, du fait de la nature délicate des renseignements, soit de limiter leur communication aux avocats seulement. Le cas échéant, pour avoir accès aux renseignements, les avocats des médias devront accepter d'être liés par une ordonnance judiciaire de non-communication des renseignements à leurs clients ou à toute autre personne jusqu'à ce que le tribunal se prononce sur la portée du huis clos. De toute évidence, puisque les avocats des médias ne peuvent être contraints de recevoir des renseignements sans les communiquer aux médias eux-mêmes — il s'agirait d'un manquement à l'obligation des avocats envers leurs clients — les médias, après consultation de leurs avocats, devraient accepter que leurs avocats prennent connaissance des renseignements dans une mesure limitée.

60 An example of the proper procedure at this stage was set out by the Ontario Court of Appeal in its recent decision in *R. v. Dell* (2005), 194 C.C.C. (3d) 321. The court described its procedure as follows, at paras. 68-69:

> When we reached the point in argument where counsel could no longer make submissions without public disclosure of some of the information over which a claim of privilege was asserted . . . before proceeding *in camera*, we ordered that the media be notified.
>
> Counsel for *The Globe and Mail* and the *Toronto Star* appeared in response to that notice. At that point, it was not clear to us that we could publicly reveal the nature of the issue that confronted us without destroying the privilege claim, and we therefore made the following order:
>
> > We are prepared to disclose to counsel for the media representatives the legal category within which the

Dans sa décision récente dans *R. c. Dell* (2005), 194 C.C.C. (3d) 321, la Cour d'appel de l'Ontario a donné un exemple de la procédure applicable à cette étape. Elle en a donné la description suivante, aux par. 68-69 :

> [TRADUCTION] Lorsqu'il n'a plus été possible pour les avocats de poursuivre les plaidoiries sans rendre publics certains des renseignements visés par le privilège revendiqué, [. . .] avant de poursuivre l'audition à huis clos, nous avons ordonné qu'un avis soit donné aux médias.
>
> Les avocats de *The Globe and Mail* et du *Toronto Star* ont comparu à la suite de la publication de l'avis. Incertains à ce moment si nous pouvions révéler la nature de la question dont nous étions saisis sans porter atteinte au privilège revendiqué, nous avons rendu l'ordonnance suivante :
>
> > Nous sommes disposés à dévoiler aux avocats des représentants des médias la catégorie juridique visée

disclosure issue arises, provided that counsel make an undertaking that they will not disclose this information to anyone, including their clients, pending further order of the court.

The reason for this order is to enable counsel for the media to receive information to consider whether to make submissions on whether the hearing on this issue should proceed *in camera*.

As I noted above, this is a fact-sensitive determination that will depend on the particulars of each case. But the Court of Appeal's procedure in *Dell* — as set out in the form of order reproduced in the excerpt — is a laudable example of how to accommodate the open court principle in light of the clear prohibition on publication arising out of the informer privilege. Hopefully this example, along with the general guidelines set out above, will be of assistance to courts faced with a similar problem.

IV. Application to the Case at Bar

Given the detailed description of the ideal procedure to be followed in a case such as this, an in-depth review of the facts is not necessary. This was a difficult case concerning a novel area of the law. The extradition judge dealt with the issues as best he could. But he erred insofar as the decisions made at several steps were not consistent with the proper approach set out in these reasons. Three errors in particular deserve special comment.

The appointment of the *amicus curiae* was not warranted: as I noted above, there is no justification for the appointment of an *amicus* to assist in legal matters, because — as in any trial situation — the determination of the proper legal test to be applied was the responsibility of the extradition judge. Moreover, the decision to reveal to the *amicus* detailed facts about the Named Person was inconsistent with the extradition judge's obligation to protect the information covered by informer privilege and with the particular mandate given.

par la question de communication, à la condition que les avocats s'engagent à ne communiquer ces renseignements à personne, ni même à leurs clients, jusqu'à ce que le tribunal l'autorise.

Cette ordonnance doit permettre aux avocats des médias de prendre connaissance de renseignements qui leur permettront de décider s'ils veulent présenter des observations sur l'opportunité de tenir à huis clos l'audition relative à cette question.

61 Comme je l'ai déjà mentionné, il s'agit d'une décision fondée sur les faits de l'espèce. Or, dans l'arrêt *Dell*, la procédure établie par la Cour d'appel — reproduite sous forme d'ordonnance dans l'extrait — constitue un bon exemple de la démarche à suivre pour arriver à concilier le principe de la publicité des débats judiciaires et l'interdiction manifeste de publication inhérente au privilège relatif aux indicateurs de police. Souhaitons que cet exemple ainsi que les principes généraux énoncés ci-dessus seront utiles aux tribunaux aux prises avec un problème semblable.

IV. Application en l'espèce

62 Compte tenu de la description détaillée de la démarche idéale à suivre dans une cause comme celle-ci, l'examen approfondi des faits n'est pas nécessaire. Il s'agissait d'une affaire difficile concernant un point de droit nouveau. Le juge d'extradition a tranché ces questions du mieux qu'il pouvait, mais il a commis des erreurs dans la mesure où les décisions qu'il a rendues à plusieurs étapes ne cadraient pas avec la démarche exposée dans les présents motifs. J'estime utile de faire des observations concernant trois erreurs en particulier.

63 La nomination de l'*amicus curiae* n'était pas justifiée; comme je l'ai déjà mentionné, rien ne justifie la nomination d'un *amicus curiae* pour présenter des observations concernant des questions juridiques, parce que — comme dans tous les procès — il incombait au juge d'extradition de décider du critère juridique à appliquer. En outre, la décision de dévoiler à l'*amicus curiae* des renseignements détaillés au sujet de la personne désignée était incompatible avec l'obligation qu'avait le juge d'extradition de protéger les renseignements assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police et avec le mandat confié à l'*amicus curiae*.

64 A second mistake made by the extradition judge was in giving notice to media counsel. Notice was given by the extradition judge to "certain known and respected lawyers for the various media outlets" identified by the *amicus* (para. 28). This practice cannot be supported, as it unfairly and arbitrarily privileged certain members of the media on the basis of the judge's or the *amicus*' views. As noted above, the notice to media, if given, ought to be justified, and made in a public manner available to all interested parties.

65 A third error was the extradition judge's handling of the material covered by informer privilege. Of course, the treatment of this material stemmed from the erroneous conclusion that informer privilege was not absolute; this conclusion was wrong as illustrated by the discussion of the law of informer privilege above. The extradition judge should have proceeded by determining *in camera*, without the media, on the facts presented by the Named Person and the Attorney General, whether or not the informer privilege properly applied; the extradition judge had no discretion to attempt to determine if the underlying rationales of the privilege were present in this case or if the risk to the Named Person justified the privilege. As an informer, the Named Person was absolutely protected by the informer privilege. In particular, as shown above, the Named Person did not waive the privilege by coming forward to rely on it. Had the extradition judge correctly determined the privilege issue, the handling of the privileged material might have been performed properly. Neither the media nor their counsel should have been granted access to any of the privileged material at any time, and ought to have been given only limited non-identifying materials in order to make their submissions at the second stage, i.e. after the existence of the privilege had been accepted.

Deuxièmement, le juge d'extradition a commis une erreur en donnant un avis aux avocats des médias, soit à [TRADUCTION] « certains avocats connus et respectés de divers médias » identifiés par l'*amicus curiae* (par. 28). Cette pratique ne peut être tolérée puisqu'elle donne à certains membres des médias un avantage injuste et arbitraire fondé sur les opinions du juge ou de l'*amicus curiae*. Je le répète, l'avis aux médias, le cas échéant, doit être justifié et doit être rendu public de manière à ce que toutes les parties intéressées y aient accès.

La manière dont le juge d'extradition a traité les documents assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police constitue une troisième erreur. De toute évidence, il a réservé un tel traitement à ces documents parce qu'il a conclu à tort que le privilège relatif aux indicateurs de police n'était pas absolu; cette conclusion était erronée comme il ressort de l'examen ci-dessus du droit applicable au privilège relatif aux indicateurs de police. C'est à huis clos et en l'absence des médias que le juge d'extradition aurait dû décider, à la lumière des faits présentés par la personne désignée et le procureur général, si le privilège relatif aux indicateurs de police s'appliquait; le juge d'extradition n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de déterminer s'il existait en l'espèce des motifs justifiant le privilège ou si le risque auquel s'exposait la personne désignée justifiait le privilège. En sa qualité d'indicateur, la personne désignée bénéficiait de la protection absolue qu'offre le privilège relatif aux indicateurs de police. Plus particulièrement, comme je l'ai indiqué, la personne désignée n'a pas renoncé au privilège en se manifestant pour le revendiquer. S'il avait tranché correctement la question du privilège, le juge d'extradition aurait peut-être traité adéquatement les documents protégés par le privilège. En aucun temps les médias et leurs avocats n'auraient dû obtenir l'accès à ces documents protégés et seuls quelques documents ne contenant aucun renseignement permettant d'identifier l'indicateur auraient dû leur être transmis pour leur permettre de préparer leurs observations à la deuxième étape, c'est-à-dire une fois reconnue l'existence du privilège.

V. Disposition

For the reasons set out above, the appeal should be allowed, and the extradition judge's order granting disclosure to selected media representatives and their counsel set aside.

English version of the reasons delivered by

LEBEL J. (dissenting in part) —

I. Introduction

I have read the reasons of my colleague Bastarache J. and, although I agree with many of his comments on the issues and on the outcome of this appeal, I am unable to agree with certain fundamental elements of his analysis. In particular, I disagree with him on the interpretation to be given to the common law rule relating to informer privilege. According to my colleague, the duty of confidentiality flowing from informer privilege means that the trial judge has no power whatsoever to authorize or order the disclosure of any evidence that might tend to identify a police informer. In his view, there is only one exception to this rule — innocence at stake — that is, where disclosure of such evidence is necessary to establish the innocence of the accused. With respect, an interpretation of the rule as "absolute" as this is unnecessary. In his interpretation of the privilege, Bastarache J. fails to give due consideration to the purpose of this judge-made rule of confidentiality: to promote the proper administration of justice. This purpose should instead lead to the conclusion that a trial judge always retains a residual discretion to decline to apply the rule of confidentiality if the judge is satisfied that this would better serve the administration of justice or that the party relying on the rule is seeking to divert it from its purpose to his or her own advantage.

My colleague also fails to give due consideration to the constitutional status of the open court

V. Décision

66 Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance du juge d'extradition accordant la communication de renseignements à certains représentants des médias et à leurs avocats.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident en partie) —

I. Introduction

67 J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Bastarache. Bien que je reconnaisse le bien-fondé de beaucoup de ses commentaires sur les questions en litige et sur le sort du présent appel, je ne peux souscrire à certains éléments fondamentaux de son analyse. En particulier, je ne partage pas son avis quant à l'interprétation à donner à la règle de common law relative au privilège de l'indicateur de police. Selon mon collègue, l'obligation de confidentialité créée par ce privilège prive complètement le juge du procès du pouvoir d'autoriser ou d'ordonner la communication de tout élément de preuve susceptible de permettre l'identification d'un indicateur de police. Cette règle ne connaîtrait qu'une seule exception — la démonstration de l'innocence — soit lorsque la communication d'une telle preuve s'avère nécessaire pour démontrer l'innocence de l'accusé. Avec égards pour l'opinion contraire, une interprétation aussi « absolue » de cette règle ne s'impose pas. La conception du privilège proposée par le juge Bastarache ne tient pas suffisamment compte de la finalité de ce principe de confidentialité d'origine prétorienne, soit celle de favoriser la bonne administration de la justice. Cette finalité doit plutôt nous conduire à reconnaître que le juge du procès conserve toujours le pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'appliquer la règle de la confidentialité lorsqu'il est convaincu que l'administration de la justice serait mieux servie de cette manière ou que la partie qui l'invoque cherche à la détourner de sa finalité pour son propre avantage.

68 De plus, la position de mon collègue ne tient pas suffisamment compte du statut constitutionnel du

principle. As a result of this status, anyone who relies on informer privilege to limit the scope of the open court principle bears the onus of showing that his or her case is indeed one in which the privilege should be applied and that the objectives of the privilege can be attained by no means less intrusive than applying it absolutely. In considering this issue, the trial judge may ask to hear the parties' arguments in an adversarial proceeding and make any orders he or she deems necessary to enable those with an interest in the matter to make a meaningful contribution to the proceeding. This was what the extradition judge in the case at bar (who, along with the Named Person, is referred to in the masculine) intended when he ordered the disclosure of all the evidence in the record to media counsel and to certain representatives of the media. Had the extradition judge not erred in law by ordering a more extensive disclosure than was necessary, my view would have been that this exercise of discretion should not be interfered with and that members of the media should be allowed to make a meaningful contribution to the adversarial proceeding in which they have been invited to participate.

69 Finally, I am unable to agree with my colleague regarding the procedure the trial judge must follow in inviting members of the media to take part in the proceedings. I also disagree with him on the limits the court must place on the role of an *amicus curiae* in cases where it considers the appointment of an *amicus* to be necessary in order, *inter alia*, to preserve the adversarial nature of court proceedings and protect the public interest in having them conducted properly.

II. Judicial History

70 Although my colleague has already set out the procedural history of this case, I would nevertheless add a few comments on this subject in order to delineate more precisely the issues this Court must resolve and to better understand the particular difficulties the extradition judge faced in this case.

71 This appeal is incidental to an extradition proceeding in which the opposing parties are, on the

principe de la publicité des débats judiciaires. En raison de ce statut, il revient à celui qui invoque le privilège de l'indicateur de police afin de limiter la portée du principe susmentionné de démontrer qu'il s'agit bien d'un cas où ce privilège doit s'appliquer et qu'il n'existe pas de moyens moins attentatoires que l'application absolue de celui-ci pour atteindre les objectifs qu'il vise. À cette fin, le juge du procès peut demander la tenue d'un débat contradictoire et rendre les ordonnances qu'il considère nécessaires afin que les parties intéressées puissent y participer utilement. En l'espèce, tel était l'objectif recherché par le juge d'extradition lorsqu'il a ordonné la communication aux avocats et à certains représentants des médias de tous les éléments de preuve au dossier. J'aurais été d'avis de ne pas intervenir à l'égard de cette décision discrétionnaire, si le juge d'extradition n'avait pas commis une erreur de droit en ordonnant une communication plus étendue que nécessaire, afin de permettre aux médias de participer utilement au débat contradictoire auquel ils étaient conviés.

Enfin, je ne saurais souscrire aux propositions de mon collègue au sujet de la procédure que doit suivre le juge du procès afin d'inviter les médias à participer aux débats judiciaires. Je ne suis pas non plus d'accord avec lui quant aux limites que le tribunal doit imposer au rôle de l'*amicus curiae* dans les cas où il estime sa nomination nécessaire, notamment pour préserver le caractère contradictoire du débat judiciaire et sauvegarder l'intérêt du public dans la bonne marche de celui-ci.

II. Historique procédural

Bien que mon collègue ait exposé le contexte procédural de la présente affaire, je me permettrai néanmoins d'ajouter quelques commentaires à ce sujet. Ce rappel permettra de cerner plus exactement les questions précises auxquelles notre Cour doit répondre et de mieux comprendre les difficultés particulières auxquelles le juge d'extradition a fait face dans ce dossier.

Le présent pourvoi représente un incident d'une procédure d'extradition opposant la personne

one hand, the appellant Named Person and, on the other hand, the appellant Attorney General of Canada, who is acting on behalf of a requesting state. In the course of that extradition proceeding, the Named Person indicated that he intended to invoke s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to apply for a stay of the proceeding on the ground that the requesting state had violated certain of his fundamental *Charter* rights (the "stay of proceedings application"). In support of that claim, the Named Person applied to the extradition judge for an order that the Attorney General of Canada disclose certain evidence to him (the "disclosure application"). He also made a further application to have the disclosure application heard *in camera* (the "*in camera* application"). The *in camera* application resulted in four interlocutory judgments.

In the first of these interlocutory judgments, the extradition judge appointed an *amicus curiae*. He considered the appointment of an *amicus* to be necessary to ensure that he heard adequate submissions on the *in camera* application from all relevant points of view, since the appellant Attorney General of Canada, far from contesting the application, had instead decided to support it. To enable the *amicus curiae* to make informed submissions, the extradition judge also considered it essential to order that the *amicus* be provided with transcripts of all the hearings held up to that time, as well as all with the documents the Named Person was relying on in support of the disclosure application and the *in camera* application. None of the parties contested the appointment of the *amicus curiae* or tried to appeal this interlocutory judgment.

After reviewing the evidence in the record and doing the necessary legal research, the *amicus curiae* concluded that the difficult questions of law and fact raised by the *in camera* application would be best addressed by means of a genuine adversarial proceeding. However, he felt that adequate safeguards would have to be put in place to protect the informer's identity pending a decision on this application. Being of the view that he could not

désignée appelante au procureur général du Canada appelant, lequel agit pour le compte d'un État requérant. Dans le cadre de cette procédure, l'appelante a manifesté l'intention d'invoquer le par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* afin de demander le sursis de la procédure d'extradition, au motif que l'État requérant aurait violé certains des droits fondamentaux que lui garantit la *Charte* (la « requête pour sursis des procédures »). À l'appui de cette prétention, la personne désignée a présenté une requête au juge d'extradition pour qu'il ordonne au procureur général du Canada de lui communiquer certains éléments de preuve (la « requête pour communication de la preuve »). Elle a aussi présenté une autre requête demandant que la requête pour communication de la preuve soit entendue à huis clos (la « requête pour huis clos »). Cette dernière requête a donné lieu à quatre jugements interlocutoires.

72 Par le premier de ces jugements interlocutoires, le juge d'extradition a nommé un *amicus curiae*. Il a jugé cette nomination nécessaire pour obtenir un exposé adéquat de tous les points de vue pertinents sur la requête pour huis clos, étant donné que, loin de s'y opposer, le procureur général du Canada a plutôt décidé de l'appuyer. Afin de permettre à l'*amicus curiae* de présenter des observations éclairées, le juge d'extradition a aussi cru indispensable d'ordonner que l'on remette à celui-ci la transcription de toutes les audiences tenues jusque-là, ainsi que l'ensemble des documents sur lesquels la personne désignée appuyait ses requêtes pour communication de la preuve et pour huis clos. Aucune des parties n'a alors contesté la nomination de l'*amicus curiae* ni tenté d'appeler de ce jugement interlocutoire.

73 Après avoir pris connaissance de la preuve au dossier et fait les recherches juridiques nécessaires, l'*amicus curiae* a conclu que la tenue d'un véritable débat contradictoire constituerait la meilleure façon de trancher les difficiles questions juridiques et factuelles soulevées par la requête pour huis clos. Selon l'*amicus curiae*, il faudrait toutefois que des mécanismes adéquats de protection de l'identité de l'indicateur soient mis en

himself argue one position or the other in this proceeding, the *amicus curiae* recommended that the extradition judge invite certain lawyers representing media outlets ("media counsel") to take part in the proceeding on the *in camera* application. These lawyers would have to be respected members of the legal community who had participated in past proceedings involving publication bans. Moreover, they should be authorized to participate in this proceeding only after having given appropriate undertakings of confidentiality, and only after the extradition judge had made the necessary orders to protect the identity of the Named Person.

place avant le jugement sur cette requête. Estimant qu'il ne pourrait pas lui-même défendre une thèse plutôt qu'une autre dans ce débat, l'*amicus curiae* a recommandé au juge d'extradition d'inviter certains avocats représentant des médias (les « avocats des médias ») à participer aux débats sur la requête pour huis clos. Ces avocats devraient être des membres respectés de la communauté juridique ayant déjà participé à des procédures portant sur des interdictions de publication. Ils ne devraient par ailleurs être autorisés à participer aux débats judiciaires qu'après avoir fourni des engagements de confidentialité adéquats, et une fois seulement que le juge d'extradition aurait rendu les ordonnances requises pour protéger l'identité de la personne désignée.

74 Although both appellants opposed such an invitation, the extradition judge decided to implement the *amicus curiae*'s recommendations and send a notice to certain media counsel he himself had selected. The appellants had also made submissions concerning the conditions of the invitation to be extended to media counsel and their participation. The extradition judge then decided on a very limited disclosure of facts to media counsel who chose to take part in the proceedings, and also held that this disclosure would be made only after they had signed undertakings of confidentiality. None of the parties attempted to appeal this second interlocutory judgment.

Sur la base de ces recommandations, et malgré l'opposition des deux appelants à une telle invitation, le juge d'extradition a décidé de donner suite aux recommandations de l'*amicus curiae* et de faire parvenir un avis à certains avocats des médias qu'il avait lui-même choisis. Les modalités de l'invitation lancée aux avocats des médias et leur participation avaient, elles aussi, fait l'objet d'observations par les appelants. Le juge d'extradition a alors décidé que des faits très limités seraient communiqués aux avocats des médias s'ils choisissaient de participer aux procédures, et cela seulement après que ceux-ci auraient signé des engagements de confidentialité. Aucune des parties n'a tenté de porter en appel ce deuxième jugement interlocutoire.

75 Certain media counsel agreed to take part in the proceeding under the rigorous conditions imposed by the extradition judge. The extradition judge then acceded to the appellants' joint application to first decide, in a separate proceeding, the issue of his power to decline to order an *in camera* proceeding. Following an adversarial proceeding in which counsel for the media took part, the extradition judge ruled that there was no common law rule requiring him to order an *in camera* proceeding (the "no absolute bar ruling"). Once again, none of the parties attempted to appeal this third interlocutory judgment.

Certains avocats des médias ont accepté de participer aux débats judiciaires conformément aux conditions rigoureuses imposées par le juge d'extradition. Ce dernier a alors accepté la demande conjointe des appelants de trancher au préalable, dans une procédure séparée, la question de son pouvoir de refuser le huis clos. Au terme d'un débat contradictoire auquel ont participé des avocats des médias, le juge d'extradition a jugé qu'aucune règle de common law ne l'obligeait à ordonner le huis clos (la [TRADUCTION] « décision sur l'absence d'interdiction absolue »). Encore une fois, aucune des parties n'a tenté d'interjeter appel de ce troisième jugement interlocutoire.

After the third decision, media counsel applied to have additional evidence disclosed to them. They argued that this disclosure was necessary to enable them to make a meaningful contribution to the legal proceeding on the *in camera* application. The appellants vigorously opposed the application, but the extradition judge ruled that the media representatives and their counsel should have access to the same documents as the *amicus curiae* (the "documents in issue"). Only this fourth interlocutory judgment was appealed to this Court ([2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805).

This brief account of the proceedings giving rise to this appeal serves to delineate more precisely the issues this Court must resolve. It should be borne in mind that what this Court must do is not to determine the outcome of the *in camera* application. Rather, we must decide whether the extradition judge erred in ordering the disclosure of the documents in issue to media counsel. Should we conclude that he did not err in doing so, we will then have to ask whether he erred in authorizing media counsel to give the information in these documents to certain media representatives — whom he himself had selected — after each of them had signed an undertaking of confidentiality.

In deciding these two issues, we must bear in mind the precise limits that were to apply to the disclosure of the documents in issue under the terms of the extradition judge's order. The judge carefully circumscribed this disclosure. The documents were to be disclosed to a short list of lawyers he himself had selected. Moreover, the order authorized designated media representatives to review the documents and evidence only in the presence of their counsel. They were prohibited from taking away copies of these materials. Any dissemination of any information obtained from them was strictly prohibited, and the media

Après cette troisième décision, les avocats des médias ont présenté une requête demandant qu'on leur communique des éléments de preuve supplémentaires. Selon eux, cette communication devenait nécessaire afin de leur permettre de participer utilement aux débats judiciaires sur la requête pour huis clos. Les appelants se sont vigoureusement opposés à cette demande, mais le juge d'extradition a statué que les représentants des médias, ainsi que leurs avocats, devaient avoir accès aux mêmes documents que l'*amicus curiae* (les « documents en litige »). Seul ce quatrième jugement interlocutoire a été porté en appel devant notre Cour ([2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805). 76

Ce bref historique des procédures à l'origine du présent pourvoi permet de mieux cerner les questions précises dont notre Cour est saisie. Ainsi, il est important de garder à l'esprit qu'il ne s'agit pas pour notre Cour de préjuger du sort de la requête pour huis clos. Nous avons plutôt à décider si le juge d'extradition a commis une erreur en ordonnant la communication des documents en litige aux avocats des médias. Si nous concluons qu'il n'a pas fait erreur à cet égard, nous devrons alors nous demander si le juge d'extradition a commis une erreur en permettant aux avocats des médias de remettre les informations contenues dans ces documents à certains représentants des médias, choisis par lui, après la signature d'un engagement de confidentialité par chacun d'entre eux. 77

Afin de trancher ces deux questions, il faut par ailleurs se rappeler les limites exactes à l'intérieur desquelles le juge d'extradition a ordonné que s'effectue la communication des documents en litige. Le juge a soigneusement encadré cette communication. Celle-ci se faisait à une liste restreinte d'avocats qu'il avait lui-même choisis. Ensuite, l'ordonnance permettait à des représentants désignés des médias d'examiner les documents et la preuve uniquement en présence de leurs avocats. Il leur était alors interdit d'emporter des copies de ces documents. Toute diffusion des informations ainsi obtenues demeurait strictement interdite. 78

representatives had to sign written undertakings to this effect. I think it will be helpful to reproduce the order in question:

THIS COURT ORDERS that

1. Robert S. Anderson, Daniel W. Burnett, Amy J. Davison, Ludmila B. Herbst, Heather E. Maconachie, [and] Michael A. Skene ... (the "Media Counsel") are entitled to review copies of:

   (a) all information and material provided to *amicus curiae* in the *in camera* proceedings;

   (b) all transcripts of the *in camera* proceedings related to the Named Person's disclosure and anticipated stay application to date at which the Media Counsel were not present;

   (c) any and all Orders made by the Honourable ... in the *in camera* proceedings related to the Named Person's disclosure and anticipated stay application to date at which the Media Counsel were not present;

   (d) all arguments advanced *in camera* by *amicus curiae*, counsel for the Named Person, and counsel for the Attorney General of Canada on behalf of the Requesting State

   (the "Relevant Information and Documentation")

   at the courthouse in ...

2. Upon payment by Media Counsel of an appropriate fee for photocopying, counsel for the Attorney General of Canada on behalf of the Requesting State must:

   (a) edit copies of the Relevant Information and Documentation to delete reference to the Named Person's name and the court file identifying the extradition proceedings in which he is named (the "Edited Relevant Information and Documentation"); and

D'ailleurs, les représentants des médias devaient souscrire des engagements écrits à cet effet. De toute manière, je crois utile de reproduire les termes exacts de l'ordonnance en question :

[TRADUCTION]

LA COUR ORDONNE CE QUI SUIT :

1. Robert S. Anderson, Daniel W. Burnett, Amy J. Davison, Ludmila B. Herbst, Heather E. Maconachie [et] Michael A. Skene [. . .] (les « avocats des médias ») sont autorisés à examiner des copies des éléments d'information suivants :

   a) tous les documents et renseignements fournis à l'*amicus curiae* dans le cadre des procédures à huis clos;

   b) la transcription de toutes les procédures à huis clos tenues jusqu'ici relativement à la demande présentée par la personne désignée en vue d'obtenir communication de la preuve et à la demande d'arrêt des procédures envisagée par cette dernière, et auxquelles les avocats des médias n'ont pas participé;

   c) toutes les ordonnances rendues par le juge [. . .] dans le cadre des procédures à huis clos tenues jusqu'ici relativement à la demande présentée par la personne désignée en vue d'obtenir communication de la preuve et à la demande d'arrêt des procédures envisagée par cette dernière, et auxquelles les avocats des médias n'ont pas participé;

   d) tous les arguments présentés à huis clos par l'*amicus curiae*, l'avocat de la personne désignée et l'avocat du procureur général du Canada, agissant au nom de l'État requérant;

   (les « Documents et renseignements pertinents »)

   au palais de justice de . . .

2. Dès que les avocats des médias auront payé les frais de photocopie exigibles, l'avocat du procureur général du Canada, agissant au nom de l'État requérant,

   a) doit réviser les copies des Documents et renseignements pertinents afin d'en supprimer toute mention du nom de la personne désignée ou du dossier judiciaire identifiant les procédures d'extradition et où figure le nom de cette personne (les « Documents et renseignements pertinents épurés »); et

(b) supply Media Counsel with copies of the Edited Relevant Information and Documentation.

3. Upon payment by Media Counsel of appropriate fees, the Supreme Court of British Columbia Registries must supply Media Counsel with copies of any Edited Relevant Information and Documentation not available from counsel for the Attorney General of Canada on behalf of the Requesting State.

4. Upon the filing and acceptance of undertakings, Patricia Graham, Lisa Green, Ian Haysom, Daniel J. Henry, Susan Lee, Gordon MacDonald, Wayne Moriarty, Tom Walters, Wayne Williams, and Steve Pasternak (the "Media Representatives") are entitled to review the Relevant Information and Documentation on terms that:

(a) the Media Representatives may review the Relevant Information and Documentation only in the presence of one or more of the Media Counsel;

(b) the Media Representatives must not copy or otherwise create any permanent record of the Relevant Information and Documentation;

(c) the disclosure of the Relevant Information and Documentation to the Media Representatives will be subject to the court order upon which the Media Counsel have to date received and will in future receive information and documents, altered as necessary to reflect their status as Media Representatives.

5. Until further Order of the Court:

(a) the Media Counsel may inform the Media Representatives only of paragraphs 1, 2, 3, 4, 5, and 6 of this Order;

(b) there must be no publication by the media represented by the Media Representatives of that information given to them by the Media Counsel.

6. The Named Person's disclosure application and paragraphs 1, 2, 3, and 4 of this Order be and are hereby stayed for a period of up to 60 days pending determination by the parties of an intention to appeal this Order.

7. This Order be and is hereby sealed until further Order of the Court.

b) doit fournir aux avocats des médias des copies des Documents et renseignements pertinents épurés.

3. Dès que les avocats des médias auront payé les frais exigibles, le greffe de la Cour suprême de la Colombie-Britannique doit leur fournir des copies de tous Documents et renseignements pertinents épurés qui ne peuvent être obtenus de l'avocat du procureur général du Canada, agissant au nom de l'État requérant.

4. Dès que leurs engagements seront déposés et acceptés, Patricia Graham, Lisa Green, Ian Haysom, Daniel J. Henry, Susan Lee, Gordon MacDonald, Wayne Moriarty, Tom Walters, Wayne Williams et Steve Pasternak (les « représentants des médias ») pourront examiner les Documents et renseignements pertinents aux conditions suivantes :

a) les représentants des médias ne peuvent examiner les Documents et renseignements pertinents qu'en présence d'un avocat des médias;

b) il est interdit aux représentants des médias de copier les Documents et renseignements pertinents ou d'en constituer autrement un dossier permanent;

c) la communication aux représentants des médias des Documents et renseignements pertinents est assujettie à l'ordonnance de la cour suivant laquelle les avocats des médias ont obtenu jusqu'ici et recevront dans le futur des documents et renseignements, adaptée pour tenir compte de la qualité des représentants des médias.

5. Jusqu'à nouvelle ordonnance de la cour,

a) les avocats des médias ne peuvent informer les représentants des médias que des paragraphes 1, 2, 3, 4, 5 et 6 de la présente ordonnance;

b) il est interdit aux médias représentés par les représentants des médias de publier les renseignements qui leur sont fournis par les avocats des médias.

6. La requête pour communication de la preuve présentée par la personne désignée et l'exécution des paragraphes 1, 2, 3 et 4 de la présente ordonnance sont suspendues pour une période maximale de 60 jours en attendant que les parties décident si elles vont ou non faire appel de la présente ordonnance.

7. La présente ordonnance est mise sous scellés jusqu'à nouvelle ordonnance de la cour.

8. This Order is subject to variation by Order of the Court on application by any party or *ex mero motu*.

III. Applicable Legal Principles

79 I will now summarize the legal principles relevant to the issue before discussing how they should be applied here. Two principles stand in opposition in this case: the open court principle and the rule of confidentiality made necessary by informer privilege. In his reasons, my colleague recognizes the fundamental importance of these principles to the proper administration of justice, but he concludes that informer privilege must always prevail over the open court principle where holding proceedings in public might tend to identify a police informer.

80 In my opinion, such an interpretation of the scope of informer privilege cannot be reconciled with either the constitutional nature of the open court principle or the principles of public policy on which informer privilege is based. The relationship between this privilege and a justice system that is, in principle, open requires a more refined examination than a simple assertion that the rule of confidentiality flowing from the privilege is absolute. Such an assertion does not suffice either to guide or to settle the debate that will then have to be held to determine how to apply the rule of confidentiality. In such a case, it will at the very least be necessary to discuss the conditions and procedures that will govern the review of the privilege and incorporate this review into the broader legal debate. At times, consideration of the limits of the privilege, and its extinguishment, will be required. It is difficult to hold a debate such as this in the abstract, without knowledge of the context. This means that, if a meaningful debate is to take place and if the applicable constitutional principles are to be adhered to, the judge must be found to have a residual discretion to order the disclosure, even in open court, of information on the factual background to the case. *A fortiori*, to this end, it would appear to be more consistent with the applicable legal principles for the judge to retain the discretion to authorize or order — where he or she considers this necessary — the disclosure of information that might tend to

8. La cour peut modifier la présente ordonnance à la demande de toute partie ou de sa propre initiative.

III. Les principes juridiques applicables

Je vais maintenant résumer les principes juridiques applicables à la question, puis exposer comment ils devraient être mis en œuvre en l'espèce. Deux principes s'opposent ici : le principe de la publicité des débats judiciaires et la règle de la confidentialité imposée par le privilège de l'indicateur de police. L'opinion de mon collègue reconnaît leur importance fondamentale pour la bonne administration de la justice, mais il conclut que le principe de la publicité des débats judiciaires doit toujours céder devant le privilège lorsque la tenue de procédures publiques risquerait d'entraîner l'identification d'un indicateur de police.

À mon avis, une telle interprétation de la portée du privilège de l'indicateur de police n'est pas conciliable avec le caractère constitutionnel du principe de la publicité des débats judiciaires, non plus qu'avec les principes de politique d'intérêt général justifiant l'existence du privilège de l'indicateur de police. L'articulation des rapports entre ce privilège et une justice en principe publique exige des aménagements plus fins que la seule affirmation du caractère absolu de la règle de confidentialité imposée par le privilège. Cette affirmation ne permet pas à elle seule d'encadrer ou de clore la discussion qui devient alors nécessaire pour déterminer comment s'appliquera la règle de la confidentialité. Il faut au moins débattre, le cas échéant, des modalités et des procédures qui régiront la discussion du privilège et qui l'intégreront dans le cadre plus large du débat judiciaire en cours. Il faudra même parfois s'interroger sur les limites et l'extinction du privilège. De tels débats peuvent difficilement se dérouler dans l'abstrait, sans aucun contexte. Dans cette perspective, afin de permettre un débat utile et d'assurer le respect des principes constitutionnels pertinents, il faut reconnaître au juge un pouvoir résiduel discrétionnaire l'habilitant à ordonner la communication, même en audience publique, d'informations sur le contexte factuel de l'affaire. *A fortiori*, pour ces fins, il paraît plus conforme aux principes juridiques applicables de reconnaître que le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire de permettre ou

identify a police informer to parties with an interest in the issue of the openness of court proceedings, while taking any precautions needed to prevent or limit further dissemination of this information.

d'ordonner — lorsqu'il estime une telle mesure nécessaire — que des informations susceptibles d'identifier un indicateur de police soient communiquées aux parties concernées par le problème de la publicité des débats judiciaires, en prenant les précautions indispensables pour empêcher ou limiter la diffusion de cette information.

A. *Open Court Principle*

(1) The Principle and the Rationale for It

The open court principle is now well established in Canadian law. This Court has on numerous occasions confirmed the fundamental importance and constitutional nature of this principle (see *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, [2005] 2 S.C.R. 188, 2005 SCC 41; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522, 2002 SCC 41; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122). In general terms, the open court principle implies that justice must be done in public. Accordingly, legal proceedings are generally open to the public. The hearing rooms where the parties present their arguments to the court must be open to the public, which must have access to pleadings, evidence and court decisions. Furthermore, as a rule, no one appears in court, whether as a party or as a witness, under a pseudonym.

For centuries, the importance of the open court principle has been recognized at common law. Various justifications have been given for it. The oldest of these is probably the connection made between openness and the pursuit of truth. For

A. *Le principe de la publicité des débats judiciaires*

(1) Le principe et ses justifications

81 Le principe de la publicité des débats judiciaires est maintenant bien établi en droit canadien. Notre Cour a d'ailleurs eu l'occasion d'en confirmer à maintes reprises l'importance fondamentale et le caractère constitutionnel (voir *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, [2005] 2 R.C.S. 188, 2005 CSC 41; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522, 2002 CSC 41; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122). Défini d'une manière générale, le principe de la publicité des débats judiciaires implique que la justice doit être rendue publiquement. En conséquence, les débats judiciaires eux-mêmes sont en général ouverts au public. La salle d'audience où les parties plaident devant le tribunal leurs prétentions respectives doit en effet être ouverte au public et ce dernier doit avoir accès aux actes de procédure, éléments de preuve et décisions judiciaires. Par ailleurs, en principe personne ne comparaît devant les tribunaux, que ce soit comme partie ou comme témoin, sous un pseudonyme.

82 La common law reconnaît depuis des siècles l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires. Elle a donné des justifications diverses à cette règle. La plus ancienne est probablement celle qui lie la publicité à la recherche de la vérité.

example, Blackstone made the following comment in his *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, ch. 23, at p. 373:

> This open examination of witnesses *viva voce*, in the presence of all mankind, is much more conducive to the clearing up of truth, than the private and secret examination taken down in writing before an officer, or his clerk . . . .

In a similar vein, Wigmore made the following comment on the effect openness has on the quality of testimony:

> Its operation in tending to *improve the quality of testimony* is two-fold. Subjectively, it produces in the witness' mind a disinclination to falsify; first, by stimulating the instinctive responsibility to public opinion, symbolized in the audience, and ready to scorn a demonstrated liar; and next, by inducing the fear of exposure of subsequent falsities through disclosure by informed persons who may chance to be present or to hear of the testimony from others present. Objectively, it secures the presence of those who by possibility may be able to furnish testimony in chief or to contradict falsifiers and yet may not have been known beforehand to the parties to possess any information.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), § 1834, at pp. 435-36 (emphasis in original))

83 Another frequently proposed justification for the principle is that openness fosters the integrity of judicial proceedings (see in particular *Edmonton Journal*, at p. 1360 (*per* Wilson J.)). Thus, it has been argued that all participants in judicial proceedings will be further induced to conduct themselves properly if they know that they are under the watchful eye of the public. This is what led Bentham to state that "[p]ublicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion, and the surest of all guards against improbity" (J. H. Burton, ed., *Benthamiana: or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), at p. 115).

Par exemple, on trouve la remarque suivante dans l'ouvrage de Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, ch. 23, p. 373 :

> [TRADUCTION] Cet interrogatoire des témoins, mené publiquement, de vive voix, en présence de tous, est plus propice à la découverte de la vérité que l'interrogatoire privé et secret consigné par écrit devant un officier de justice ou son préposé . . .

(Cité par le juge Cory dans *Edmonton Journal*, à la p. 1338.)

Dans le même sens, Wigmore commente ainsi l'effet de la publicité sur la qualité de la preuve testimoniale :

> [TRADUCTION] Son effet dans l'*amélioration de la qualité des témoignages* est double. Subjectivement, elle suscite dans l'esprit du témoin une incitation à ne pas mentir; d'abord, en stimulant le sens instinctif de sa responsabilité envers l'opinion publique, symbolisée par l'auditoire prêt à mépriser un menteur reconnu; et ensuite, en éveillant la peur de la révélation ultérieure de ses mensonges, dénoncés par des personnes renseignées qui, par hasard, peuvent être présentes ou entendre parler du témoignage par d'autres personnes qui assistent à l'audience. Objectivement, elle assure la présence de personnes susceptibles de témoigner ou de contredire les témoignages erronés et dont les parties pouvaient ne pas savoir à l'avance qu'ils possédaient des renseignements.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), § 1834, p. 435-436 (en italique dans l'original), cité par la juge Wilson dans *Edmonton Journal*, à la p. 1358.)

Selon une autre justification, souvent proposée, la publicité des débats favorise l'intégrité des procédures judiciaires (voir notamment *Edmonton Journal*, à la p. 1360 (la juge Wilson)). On a ainsi souligné que tous les participants aux procédures judiciaires seront davantage incités à se conduire correctement s'ils savent qu'ils agissent sous l'œil attentif du public. C'est d'ailleurs ce qui faisait dire à Bentham que [TRADUCTION] « [l]a publicité est le souffle même de la justice. Elle est la plus grande incitation à l'effort et la meilleure des protections contre l'improbité » (J. H. Burton, dir., *Benthamiana : or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), p. 115, cité dans *Vancouver Sun*, par. 24).

Openness ensures both that justice is done and that it is seen to be done. For justice to be seen to be done is necessary to preserve public confidence in the administration of justice. Bentham is often quoted in support of this argument, too:

> The effects of publicity are at their *maximum* of importance, when considered in relation to the judges; whether as insuring their integrity, or as producing public confidence in their judgments.
>
> (J. Bentham, *Treatise on Judicial Evidence* (1825), at p. 69 (emphasis in original))

This Court adopted a similar argument in *Vancouver Sun*:

> Openness is necessary to maintain the independence and impartiality of courts. It is integral to public confidence in the justice system and the public's understanding of the administration of justice. Moreover, openness is a principal component of the legitimacy of the judicial process and why the parties and the public at large abide by the decisions of courts. [para. 25]

More recently, stress has been laid on the relationship between open courts and the promotion of democracy. (In my view, this is the justification that is most relevant in the case at bar.) The courts play a key role in a democracy, not only because they are where disputes between citizens can be resolved peacefully, but also — and perhaps most importantly — because they are where citizens' disputes with the state are decided. Furthermore, there is no denying that the importance of the courts' role is accentuated by the constantly increasing complexity of contemporary societies. It is therefore essential that what the courts do be open to public scrutiny in order both to improve the operation of the courts and to maintain public confidence in them (see *Edmonton Journal*, at p. 1337 (*per* Cory J.)).

Similarly, the "educational" aspect of an open court process has been noted in, for example, the

La publicité des débats en justice garantit que la justice sera effectivement rendue, et qu'elle sera perçue comme l'ayant été. Or, cette perception demeure nécessaire afin de préserver la confiance du public dans l'administration de la justice. À l'appui de cet argument, on invoque encore souvent Bentham : 84

> [TRADUCTION] Les effets de la publicité prennent leur importance *maximale* lorsqu'ils sont considérés par rapport aux juges; soit parce qu'ils assurent leur intégrité, soit parce qu'ils suscitent la confiance du public en leurs jugements.
>
> (J. Bentham, *Treatise on Judicial Evidence* (1825), p. 69 (en italique dans l'original); cité dans *Edmonton Journal*, à la p. 1360.)

Notre Cour a retenu un argument semblable dans *Vancouver Sun* :

> La publicité est nécessaire au maintien de l'indépendance et de l'impartialité des tribunaux. Elle fait partie intégrante de la confiance du public dans le système de justice et de sa compréhension de l'administration de la justice. En outre, elle constitue l'élément principal de la légitimité du processus judiciaire et la raison pour laquelle tant les parties que le grand public respectent les décisions des tribunaux. [par. 25]

Plus récemment, on a insisté sur le lien entre la publicité des débats en justice et la promotion de la démocratie. (C'est d'ailleurs cette justification qui me semble la plus pertinente en l'espèce.) Les tribunaux jouent un rôle central dans les démocraties, non seulement parce qu'ils sont le lieu où se résolvent pacifiquement les litiges entre les citoyens, mais également — et peut-être surtout — parce que c'est là que se décident les litiges opposant les citoyens à l'État. De plus, on ne saurait nier que l'importance du rôle des tribunaux augmente en fonction de la complexité sans cesse croissante des sociétés contemporaines. Il devient alors indispensable que l'action des tribunaux reste soumise au regard critique du public, tant pour améliorer leur fonctionnement que pour garantir le maintien de la confiance de l'opinion publique à leur endroit (voir *Edmonton Journal*, p. 1337 (le juge Cory)). 85

Dans le même sens, on a aussi souligné l'aspect « éducatif » de la publicité du processus judiciaire, 86

following passage from the reasons of Wilson J. in *Edmonton Journal*:

> It provides an opportunity for the members of the community to acquire an understanding of how the courts work and how what goes on there affects them. Bentham recognized the importance of publicity in fostering public discussion of judicial matters, *Treatise on Judicial Evidence*, op. cit., at p. 68, and Wigmore pointed out in *Evidence*, op. cit., §1834, at p. 438, that "[t]he educative effect of public attendance is a material advantage. Not only is respect for the law increased and intelligent acquaintance acquired with the methods of government, but a strong confidence in judicial remedies is secured which could never be inspired by a system of secrecy". [pp. 1360-61]

87 Openness also ensures that matters considered in court are not debated only in the courts. It fosters the extension of such debates to other areas of society. In my view, this consideration played an important part in this Court's decision in *Mentuck* to uphold the trial judge's refusal to order a publication ban on the methods used by the police in investigating the accused. This Court found that the deleterious effects of such an order would be substantial, particularly because the freedom of the press to report information regarding a subject of great importance to any free and democratic society would be curtailed. I will reproduce the relevant passage insofar as the extradition judge appears to have had similar concerns in the case at bar:

> The deleterious effects, however, would be quite substantial. In the first place, the freedom of the press would be seriously curtailed in respect of an issue that may merit widespread public debate. A fundamental belief pervades our political and legal system that the police should remain under civilian control and supervision by our democratically elected officials; our country is not a police state. The tactics used by police, along with other aspects of their operations, is a matter that is presumptively of public concern. Restricting the freedom of the press to report on the details of undercover operations that utilize deception, and that encourage the suspect to confess to specific crimes with the prospect of financial and other rewards, prevents the public

par exemple dans le passage suivant des motifs de la juge Wilson dans *Edmonton Journal* :

> Cela permet aux citoyens de comprendre le fonctionnement des tribunaux et comment ils sont touchés par ce qui se passe devant le tribunal. Bentham reconnaît l'importance de la publicité parce qu'elle favorise la discussion publique des affaires judiciaires, *Treatise on Judicial Evidence*, *op. cit.*, à la p. 68, et Wigmore a souligné dans son ouvrage *Evidence*, *op. cit.*, § 1834, à la p. 438, que [TRADUCTION] « l'aspect éducatif de la présence du public est un avantage important. Non seulement accroît-il le respect du droit et la bonne compréhension des méthodes du gouvernement, mais la publicité suscite une grande confiance dans les recours judiciaires, confiance que ne pourrait inspirer un système fondé sur le secret ». [p. 1360-1361]

Par ailleurs, la publicité des débats judiciaires évite que les sujets examinés devant les tribunaux soient débattus seulement dans ce forum. Elle favorise l'élargissement de ces débats à d'autres milieux sociaux. Cette justification me semble avoir été une considération importante à la base de la décision de notre Cour, dans l'arrêt *Mentuck*, confirmant le refus du juge du procès d'ordonner une interdiction de publication quant aux méthodes d'investigation policière utilisées au cours de l'enquête visant l'accusé. Notre Cour avait conclu que les effets préjudiciables d'une telle ordonnance seraient considérables, notamment parce qu'elle porterait atteinte à la liberté de la presse de rapporter des informations relatives à un sujet de très haute importance pour toute société libre et démocratique. Je me permets de citer le passage pertinent, dans la mesure où le juge d'extradition semble avoir partagé des préoccupations analogues en l'espèce :

> Par contre, les effets préjudiciables seraient plutôt considérables. En premier lieu, il y aurait atteinte grave à la liberté de la presse relativement à une question susceptible de justifier un grand débat public. Notre système politique et juridique est imprégné du principe fondamental selon lequel la police doit demeurer sous le contrôle et la surveillance des autorités civiles, que représentent nos mandataires démocratiquement élus; notre pays n'est pas un État policier. Les tactiques utilisées par la police et les autres aspects de ses opérations sont présumés être des questions d'intérêt public. Limiter la liberté de la presse en l'empêchant de rapporter les détails des opérations secrètes qui ont recours à la supercherie et qui incitent les suspects à avouer des crimes précis en contrepartie

from being informed critics of what may be controversial police actions.

As this Court recognized in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976, "participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged", a principle fundamental to a free and democratic society. See *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. Such participation is an empty exercise without the information the press can provide about the practices of government, including the police. In my view, a publication ban that restricts the public's access to information about the one government body that publicly wields instruments of force and gathers evidence for the purpose of imprisoning suspected offenders would have a serious deleterious effect. There is no doubt as to how crucial the role of the police is to the maintenance of law and order and the security of Canadian society. But there has always been and will continue to be a concern about the limits of acceptable police action. The improper use of bans regarding police conduct, so as to insulate that conduct from public scrutiny, seriously deprives the Canadian public of its ability to know of and be able to respond to police practices that, left unchecked, could erode the fabric of Canadian society and democracy. [paras. 50-51]

The open court principle, which was accepted long before the adoption of the *Charter*, is now enshrined in it. This is due to the fact that the principle is associated with the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter*. It is clear that members of the public must have access to the courts in order to freely express their views on the operation of the courts and on the matters argued before them. The right to freedom of expression protects not only the right to express oneself on an issue, but also the right to gather the information needed to engage in expressive activity (see *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick*, at para. 27).

(2) Role of the Press

Of course, few citizens have the time to attend court proceedings. The scope of the open court

d'avantages financiers et autres empêche le public de porter un jugement critique éclairé sur ce qui peut constituer des actions policières controversées.

Comme la Cour l'a reconnu dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976, « la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée », principe fondamental sur lequel repose une société libre et démocratique (voir *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877). Cette participation est futile sans les renseignements que la presse peut fournir sur les pratiques du gouvernement, y compris celles de la police. À mon sens, une interdiction de publication limitant l'accès du public à l'information relative à l'organisme gouvernemental qui manie publiquement des instruments de force et qui recueille des éléments de preuve en vue d'emprisonner des présumés contrevenants aurait un effet préjudiciable grave. Le rôle capital de la police pour le maintien de la loi et de l'ordre et pour la sécurité de la société canadienne ne fait aucun doute. Mais on s'est toujours demandé, et on continuera à se demander, quelles sont les limites acceptables de l'action policière. L'utilisation à mauvais escient des interdictions relatives à la conduite policière de manière à la mettre à l'abri de l'examen public nuit gravement à la capacité des Canadiens de connaître les pratiques policières et de réagir à ces pratiques, qui, en l'absence de surveillance, pourraient éroder les bases mêmes de la société et de la démocratie canadiennes. [par. 50-51]

88 Reconnu bien avant son adoption, le principe de la publicité des débats judiciaires est maintenant consacré par la *Charte*. Cette reconnaissance découle du lien qu'entretient ce principe avec le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Il est en effet manifeste que le public doit avoir accès aux tribunaux afin de pouvoir s'exprimer librement sur leur fonctionnement et sur les affaires qui y sont débattues. Le droit à la liberté d'expression ne protège pas seulement le droit de s'exprimer sur un sujet; il garantit aussi celui de recueillir les informations nécessaires à une activité d'expression (voir *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick*, par. 27).

(2) Le rôle de la presse

89 Bien entendu, peu de citoyens possèdent le temps d'assister en personne aux débats judiciaires.

principle would therefore be quite limited were it not for the corollary right of the press to have access to the courts and publish information on their operation. As Cory J. wrote in *Edmonton Journal*:

> That is to say as listeners and readers, members of the public have a right to information pertaining to public institutions and particularly the courts. Here the press plays a fundamentally important role. It is exceedingly difficult for many, if not most, people to attend a court trial. Neither working couples nor mothers or fathers house-bound with young children, would find it possible to attend court. Those who cannot attend rely in large measure upon the press to inform them about court proceedings — the nature of the evidence that was called, the arguments presented, the comments made by the trial judge — in order to know not only what rights they may have, but how their problems might be dealt with in court. It is only through the press that most individuals can really learn of what is transpiring in the courts. They as "listeners" or readers have a right to receive this information. Only then can they make an assessment of the institution. Discussion of court cases and constructive criticism of court proceedings is dependent upon the receipt by the public of information as to what transpired in court. Practically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media. [pp. 1339-40]

90 Thus, the right of the press to have access to the courts and report on what takes place in them is also guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter*, as was expressly recognized by this Court in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick* (see the comments of La Forest J., at para. 26).

(3) Limits on the Open Court Principle

91 The open court principle is not absolute, however. A court generally has the power, in appropriate circumstances, to limit the openness of its proceedings by ordering publication bans, sealing documents, or holding hearings *in camera*. It can also authorize an individual to make submissions or appear in court under a pseudonym should this be necessary in the circumstances. In some cases,

La portée du principe de publicité de la justice demeurerait donc bien limitée s'il n'avait pas pour corollaire le droit de la presse d'avoir accès aux tribunaux et de publier des informations sur leur fonctionnement. Comme l'écrivait le juge Cory dans l'arrêt *Edmonton Journal* :

> C'est donc dire que, comme ensemble d'auditeurs et de lecteurs, le public a le droit d'être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux. La presse joue ici un rôle fondamental. Il est extrêmement difficile pour beaucoup, sinon pour la plupart, d'assister à un procès. Ni les personnes qui travaillent ni les pères ou mères qui restent à la maison avec de jeunes enfants ne trouveraient le temps d'assister à l'audience d'un tribunal. Ceux qui ne peuvent assister à un procès comptent en grande partie sur la presse pour être tenus au courant des instances judiciaires — la nature de la preuve produite, les arguments présentés et les remarques faites par le juge du procès — et ce, non seulement pour connaître les droits qu'ils peuvent avoir, mais pour savoir comment les tribunaux se prononceraient dans leur cas. C'est par l'intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux. À titre d'« auditeurs » ou de lecteurs, ils ont droit à cette information. C'est comme cela seulement qu'ils peuvent évaluer l'institution. L'analyse des décisions judiciaires et la critique constructive des procédures judiciaires dépendent des informations que le public a reçues sur ce qui se passe devant les tribunaux. En termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias. [p. 1339-1340]

Ce droit de la presse d'avoir accès aux tribunaux et de rapporter ce qui s'y passe se trouve donc lui aussi garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte*, et notre Cour l'a expressément reconnu dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick* (voir les commentaires du juge La Forest, par. 26).

(3) Les limites à la publicité des débats judiciaires

Cependant, le principe de la publicité des débats judiciaires n'est pas absolu. Le tribunal a généralement le pouvoir, lorsque les circonstances l'exigent, de limiter la publicité des débats judiciaires par des ordonnances de non-publication, de mise sous scellés ou de huis clos. Il peut aussi autoriser une personne à plaider ou à comparaître en utilisant un pseudonyme, dans les circonstances où

courts may be required by statute to order such measures. In others, they are merely authorized to do so, whether under legislation granting them this power or — where superior courts are concerned — pursuant to their inherent power to control their own processes. There are common law rules that also apply in such cases, and informer privilege establishes one of them. However, careful consideration must be given to the scope of the privilege and, where applicable, to whether the limits it places on the openness of court proceedings are necessary or how they are to be implemented.

As Lamer C.J. acknowledged in *Dagenais*, the wide range of possible situations means that the form of a challenge to an order limiting the openness of court proceedings will vary depending on the nature of the objection to the ban (at pp. 874 *et seq.*). Thus, if legislation or a common law rule *requires* a judge to make such an order, any objection to the order must be framed as a *Charter* challenge to that legislation or common law rule. If, however, the legislation or the common law rule merely grants the trial judge the discretion to make such an order, any *Charter* review must concern the exercise of this discretion in the specific case before the court. Discretionary powers must be exercised in a manner consistent with the *Charter*. For a judge to exceed the limits placed by the *Charter* on the exercise of such powers would be an error of law that would justify setting the order aside.

To determine whether a legal rule compelling a trial judge to limit the openness of court proceedings is constitutional, it will be necessary to conduct the analysis adopted in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Since such a rule eliminates the court's discretion to review the specific circumstances of the case before it, there is always a possibility that the rule's impairment of freedom of expression will not be minimal. Motivated by a desire to preserve the public nature of justice in Canada to the greatest extent possible, this Court has acted

une telle mesure s'avère nécessaire. Dans certains cas, d'ailleurs, certaines dispositions législatives lui imposeraient de le faire. Dans d'autres cas, il est seulement autorisé à le faire, soit en vertu d'une disposition législative lui reconnaissant ce pouvoir, soit, — s'il s'agit d'une cour supérieure — en vertu de son pouvoir inhérent de déterminer sa propre procédure. Certaines règles de common law trouveront aussi application en semblable matière. Le privilège de l'indicateur établit l'une de ces règles. Encore faut-il en examiner soigneusement la portée et, le cas échéant, la nécessité ou les modalités des limitations qu'il impose à la publicité des débats judiciaires.

92 Comme l'a reconnu le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Dagenais*, la diversité des situations signifie que la forme des contestations d'une ordonnance limitant la publicité des débats judiciaires variera suivant la nature de l'opposition à l'interdiction (p. 874 et suiv.). Ainsi, si le juge *est tenu* par une disposition législative ou une règle de common law de rendre une telle ordonnance, toute opposition à celle-ci devra prendre la forme d'une contestation, fondée sur la *Charte*, de la disposition ou règle qui prescrit l'ordonnance. Au contraire, si le texte de loi ou la règle de common law ne fait que reconnaître au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de rendre une telle ordonnance, c'est l'exercice de ce pouvoir qui devra, dans chaque cas particulier, être soumis à un examen requis par la *Charte*. Tout pouvoir discrétionnaire doit en effet être exercé d'une manière conforme à la *Charte*. Le dépassement des limites que celle-ci impose à l'exercice de tels pouvoirs constitue une erreur de droit justifiant l'annulation de l'ordonnance rendue.

93 Afin de contrôler la validité constitutionnelle d'une règle de droit qui contraint le juge du procès à limiter la publicité des débats, il faudra procéder à l'analyse prévue par l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Comme une telle règle de droit prive le tribunal de son pouvoir discrétionnaire d'évaluer les circonstances particulières de chaque affaire, elle risque toujours de ne pas constituer qu'une simple atteinte minimale à la liberté d'expression. Notre Cour n'a accepté ces limites qu'avec réserve et prudence, inspirée par le souci de préserver dans

with reserve and circumspection in accepting such limits (see *Canadian Newspapers*).

94 In *Dagenais*, this Court developed, for the purpose of reviewing the constitutionality of the exercise of a discretion to limit the openness of court proceedings, an approach that incorporates the gist of the *Oakes* test, but is tailored to the specific context of the exercise of such a discretion. This approach was subsequently reformulated as follows in *Mentuck*:

> A publication ban should only be ordered when:
>
> (a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to the proper administration of justice because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and
>
> (b) the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public, including the effects on the right to free expression, the right of the accused to a fair and public trial, and the efficacy of the administration of justice. [para. 32]

95 It is interesting to note that the Law Reform Commission of Canada had, in a working paper on public and media access to the criminal process, recommended that all automatic publication bans be eliminated from the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The Commission expressed the view that "there should always be room for a judge or justice to refuse to make an order limiting openness where there is no demonstrable need for it" (Working Paper 56, *Public and Media Access to the Criminal Process* (1987), at p. 45). It is indeed inconceivable that an order limiting openness could be justified if the need for it was not demonstrated. Recognizing that the trial judge has the discretion to make such an order eliminates this potential pitfall. It is thus up to the judge to weigh the interests at stake. In this context, a number of means are available to the judge to deal with the situation in a way that impairs freedom of expression as minimally as possible in the specific circumstances of a given case. These means range from a partial or temporary publication ban to a temporary or permanent sealing order regarding certain pieces

toute la mesure du possible le caractère public de la justice au Canada (voir *Canadian Newspapers*).

Pour contrôler la validité constitutionnelle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de limiter la publicité des débats judiciaires, notre Cour a élaboré, dans l'arrêt *Dagenais*, une méthode d'analyse qui incorpore l'essentiel des éléments du critère de l'arrêt *Oakes*, en l'adaptant au contexte propre à l'exercice d'un tel pouvoir. Cette analyse a été subséquemment reformulée en ces termes dans l'arrêt *Mentuck* :

> Une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si :
>
> a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;
>
> b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l'accusé à un procès public et équitable, et sur l'efficacité de l'administration de la justice. [par. 32]

Il est intéressant de signaler que, dans un document de travail sur l'accès du public et des médias au processus pénal, la Commission de réforme du droit du Canada avait recommandé que toutes les interdictions de publication à caractère obligatoire soient éliminées du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, estimant « que le juge ou le juge de paix devraient toujours pouvoir refuser de rendre une ordonnance limitant la transparence lorsque la nécessité n'en a pas été démontrée » (Document de travail 56, *L'accès du public et des médias au processus pénal* (1987), p. 50). On ne saurait en effet concevoir qu'une ordonnance limitant la publicité des débats puisse être justifiée si on n'en démontre pas la nécessité. La reconnaissance au juge du procès du pouvoir discrétionnaire de rendre une telle ordonnance permet d'éviter cet écueil. Il revient alors à ce dernier de soupeser les différents intérêts en jeu. Dans ce contexte, il dispose de différents moyens lui permettant de régler la situation de la manière la moins attentatoire à la liberté d'expression, dans les circonstances propres à chaque affaire. Ces moyens vont, par exemple, de l'ordonnance de non-

of evidence to an order that proceedings be held entirely *in camera.*

publication partielle et temporaire au huis clos complet des procédures, en passant par la mise sous scellés temporaire ou permanente de certains éléments de preuve.

(4) Distinction Between the Right of Access to the Courts and the Right to Inform the Public on Matters Before Them

(4) La distinction entre le droit d'accès aux tribunaux et le droit d'informer le public sur les affaires portées devant eux

It will now be necessary to turn to a problem relating to the definition of the rights flowing from the open court principle. The recognition of the right of the press to inform the public on court proceedings as a corollary to the public's right to open courts tends to lead to the view that these two rights are one and the same. However, a conceptual distinction must be maintained between them in order to deal with the difficulties that the application of this principle gives rise to in the relationships between these rights and other rights without taking the relevant values into consideration. For example, in certain situations, a judge might consider it appropriate — or might be required by legislation — to order a publication ban but not to order that the proceedings be held *in camera.* Such an order would restrict the right of the press to report on what happens in court. However, it would not infringe the more general right to open courts. In this sense, an order that proceedings be held *in camera* is more drastic because, in practice, it constitutes a publication ban, whereas the converse is not true.

96 Il faut, ici, s'arrêter à une difficulté dans la définition des droits mis en jeu par le principe de la publicité des affaires judiciaires. En effet, la reconnaissance du droit de la presse d'informer le public sur les affaires judiciaires comme corollaire du droit de ce dernier à la publicité de la justice tend à entraîner l'assimilation de ces deux droits. La préservation d'une distinction conceptuelle entre ces deux droits s'impose toutefois pour faire face aux difficultés que suscite l'application de ce principe dans les rapports des droits en question avec d'autres droits, sans prendre en considération les valeurs pertinentes. Dans certaines situations, par exemple, un juge pourra trouver indiqué — ou encore être tenu par une disposition législative — d'imposer une ordonnance de non-publication, mais non d'ordonner le huis clos. Une telle ordonnance restreindra le droit de la presse de rapporter ce qui se passe devant les tribunaux. Cependant, elle ne portera pas atteinte au droit plus général à la publicité des débats judiciaires. En ce sens, une ordonnance de huis clos revêt un caractère plus drastique, parce qu'elle constitue, en pratique, une interdiction de publication alors que l'inverse n'est pas vrai.

The difference between the two types of orders can be seen in *Canadian Newspapers*, in which this Court ruled on the constitutionality of a statutory provision compelling the trial judge to order a publication ban in certain circumstances in sexual assault cases. On that occasion, the Court agreed that such a provision limits the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter.* It nevertheless held that the provision was justified under s. 1 of the *Charter* because, *inter alia*, it did not require the trial judge to proceed *in camera* but, on the contrary, allowed the media to be present at the hearing and report on the conduct of the hearing and the facts of the case, provided that this

97 La différence entre les deux types d'ordonnance peut être observée dans l'affaire *Canadian Newspapers*, où notre Cour s'est prononcée sur la validité constitutionnelle d'une disposition législative obligeant le juge du procès à rendre une ordonnance de non-publication lorsque certaines circonstances se présentaient, dans des affaires d'agression sexuelle. Notre Cour a, à cette occasion, reconnu qu'une telle disposition limite la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte.* Toutefois, elle l'a déclarée justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, notamment parce qu'elle n'oblige pas le juge du procès à tenir l'audience à huis clos, mais qu'elle permet au contraire aux médias d'assister à

information did not tend to identify the complainant.

98 *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick* also illustrates the difference between the two types of orders and it shows clearly that courts should exercise caution before ordering that proceedings be heard *in camera*. In that case, which concerned sexual assaults committed against young female persons, the trial judge had ordered under s. 486(1) of the *Criminal Code* that the media and the public be excluded from a part of the sentencing proceeding dealing with the specific acts committed by the accused. The order remained in effect for only 20 minutes. Nevertheless, this Court decided that the trial judge should not have excluded the public in this manner, as there was insufficient evidence to support a concern for undue hardship to the accused or the complainants. The Court reached this conclusion because, *inter alia*, of the fact that the victims' privacy was already protected by a publication ban.

B. *Scope of Informer Privilege*

(1) Informer Privilege and the Rationale for It

99 In the case at bar, the appellants are relying on informer privilege to justify violations of the open court principle. It is, generally speaking, true that this privilege entails a rule prohibiting the Crown or a witness from revealing in court any information that might tend to identify a police informer. In the classic scenario involving this rule, the informer is not a party to the case and his or her identity, or evidence that might reveal it, is not essential to the outcome of the case. In such a situation, the rule generally prohibits the judge from ordering the disclosure of such information and authorizes witnesses to refuse to answer certain questions if their answers might tend to identify the informer.

celle-ci et d'en relater le déroulement et de rapporter les faits de l'affaire dans la mesure où ces informations ne permettent pas d'identifier le plaignant.

L'affaire *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick* permet elle aussi de saisir la différence entre les deux types d'ordonnances et fait bien ressortir la prudence dont les tribunaux devraient faire preuve avant d'ordonner le huis clos. Dans cette affaire d'agressions sexuelles commises contre de jeunes personnes de sexe féminin, le juge du procès avait ordonné, en vertu du par. 486(1) du *Code criminel*, l'exclusion des médias et du public de la partie des procédures de détermination de la peine relatives aux actes précis commis par l'accusé. L'ordonnance n'était restée en vigueur que pendant 20 minutes. Pourtant, notre Cour a décidé que le juge du procès n'aurait pas dû exclure le public de cette manière, en l'absence d'éléments de preuve suffisants pour justifier la crainte que l'accusé ou les plaignantes subiraient un préjudice indu. Notre Cour avait conclu ainsi notamment en raison du fait qu'une ordonnance de non-publication protégeait déjà la vie privée des victimes.

B. *La portée du privilège de l'indicateur de police*

(1) Le privilège et ses justifications

Dans la présente affaire, les appelants tentent de justifier les atteintes au principe de la publicité des débats en invoquant le privilège de l'indicateur de police. D'une manière générale, on peut affirmer que ce privilège comporte une règle interdisant à la Couronne ou à un témoin de dévoiler devant le tribunal toute information de nature à permettre d'identifier un indicateur de police. Dans le scénario classique d'application de cette règle, l'indicateur de police n'est pas une partie au litige et son identité, ou les éléments de preuve susceptibles de la dévoiler, ne constituent pas des pièces centrales à la décision sur le sort de l'affaire. Dans une telle situation, la règle interdit généralement au juge d'ordonner la communication de tels renseignements et autorise un témoin à refuser de répondre à certaines questions lorsque ses réponses permettraient l'identification de l'indicateur.

Correlatively, where applicable, informer privilege prohibits revealing information that might tend to identify a police informer in a public hearing. On this point, I agree with my colleague that, to this extent, the privilege constitutes a limit on the open court principle (see *R. v. Lawrence*, [2001] O.J. No. 5776 (QL) (C.J.)). We disagree, however, on the scope of this limit. In my colleague's view, the limit is binding on the trial judge and is subject to only one exception, the "innocence at stake" exception. According to his interpretation of the privilege, the trial judge is required at all times to prevent the disclosure of information that might tend to identify an informer, except where the ability of the accused to prove his or her innocence is at stake. I myself do not think that this rule is so absolute that the judge has no residual discretion regarding its application. In my view, on a proper interpretation of informer privilege, the trial judge has at all times a discretion to decline to apply the privilege where an attempt is being made to divert it from its purpose or where there is no longer any need to protect the informer's identity.

100 Corrélativement, lorsqu'il s'applique, le privilège interdit de révéler en audience publique des informations susceptibles de permettre l'identification d'un indicateur de police. Je suis à cet égard d'accord avec mon collègue pour dire que, dans cette mesure, le privilège constitue une limite au principe de la publicité des débats judiciaires (voir *R. c. Lawrence*, [2001] O.J. No. 5776 (QL) (C.J.)). Nos opinions divergent toutefois quant à la portée de cette limite. Selon mon collègue, elle lie le juge du procès et son domaine d'application ne connaît qu'une exception, celle dite de la démonstration de l'innocence. Selon son interprétation du privilège, le juge du procès demeure constamment tenu d'empêcher la communication d'informations susceptibles de permettre l'identification de l'indicateur de police, à moins que l'innocence d'un accusé ne soit en jeu. Pour ma part, je ne crois pas que cette règle revêt un caractère à ce point absolu qu'elle prive le juge de tout pouvoir discrétionnaire résiduel à l'égard de son application. À mon avis, lorsqu'il est bien interprété, le privilège de l'indicateur de police respecte toujours le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de refuser de l'appliquer dans les cas où l'on tente de le détourner de sa finalité ou dans ceux où il n'existe plus aucun intérêt à protéger l'identité de l'indicateur de police.

The rule of confidentiality resulting from the privilege is not an end in itself. It was developed by the common law courts to foster the proper administration of justice and, in particular, the effective prevention and suppression of crime. The need to resort to informers in police investigations has long been accepted. Informers must be confident that their identities will be protected if we want them to share information with the police. Otherwise, the risk of retaliation would deter many people from becoming informers. At any rate, I am loath to think that the state would place itself in a situation where it would be responsible for an act of revenge against an informer. Cory J. identified these two justifications in *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (Ont. C.A.):

101 La règle de la confidentialité établie par le privilège n'est en effet pas une fin en soi. Les tribunaux de common law l'ont élaborée dans le but de favoriser la bonne administration de la justice et notamment l'efficacité de la prévention et de la répression du crime. La nécessité du recours aux indicateurs de police pour la conduite de certaines enquêtes policières est admise depuis longtemps. La confiance des indicateurs dans la protection de leur identité est impérative si l'on veut qu'ils partagent avec la police les informations qu'ils détiennent. Les risques de vengeance en décourageraient autrement plus d'un de devenir indicateur. De toute façon, il répugne à penser que l'État se place dans la situation de devenir responsable d'une vengeance exercée contre un indicateur de police. Le juge Cory a bien identifié ces deux justifications dans l'arrêt *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (C.A. Ont.) :

The rule against the non-disclosure of information which might identify an informer is one of long

[TRADUCTION] La règle interdisant la divulgation de renseignements susceptibles de permettre d'établir

standing. It developed from an acceptance of the importance of the role of informers in the solution of crimes and the apprehension of criminals. It was recognized that citizens have a duty to divulge to the police any information that they may have pertaining to the commission of a crime. It was also obvious to the courts from very early times that the identity of an informer would have to be concealed, both for his or her own protection and to encourage others to divulge to the authorities any information pertaining to crimes. It was in order to achieve these goals that the rule was developed. [pp. 5-6]

102 Cooper distinguishes the "protection/inhibition theory" from the "continual flow theory" in his explanation of the rationale for informer privilege:

Two related theories are involved in the rationale of the rule of public policy that states the identities of police informers ought not to be disclosed. The "protection/inhibition" theory recognizes that although the relation of information concerning crime to the police is a civic duty, citizens may abdicate these types of duties where disclosure of their identities could place their physical safety or economic interests in jeopardy. Although some writers would suggest that the personal interests of informers are protected merely to obtain an ongoing supply of information, this position is, perhaps, too exploitive to be characterized as a basis for a rule of public policy. Just as the citizen has a specific duty to assist in law enforcement, the public has a duty to protect the interests of a citizen who puts his or her interests at risk in furtherance of a public object.

The "continual flow" theory is the second basis on which the public policy supporting informer privilege is founded. This theory is directly related to the public's interest in crime prevention. The theory is one of deterrence; if the identities of some informers are disclosed prospective informers will reject the risk of possible disclosure and decline to supply information to the police. The constriction of these channels of information would seriously impair the ability of law enforcement officials to protect the public from criminal activity.

(T. G. Cooper, *Crown Privilege* (1990), at pp. 189-91)

l'identité d'un indicateur existe depuis très longtemps. Elle trouve son origine dans l'acceptation de l'importance du rôle des indicateurs dans le dépistage et la répression du crime. On a reconnu que les citoyens ont le devoir de divulguer à la police tout renseignement qu'ils peuvent détenir relativement à la perpétration d'un crime. Les tribunaux ont réalisé très tôt l'importance de dissimuler l'identité des indicateurs, à la fois pour assurer leur propre sécurité et pour encourager les autres à divulguer aux autorités tout renseignement concernant un crime. La règle a été adoptée en vue de réaliser ces objectifs. [p. 5-6]

Cooper distingue la [TRADUCTION] « thèse de la protection/dissuasion » et la [TRADUCTION] « thèse de l'afflux constant d'informations » lorsqu'il expose les justifications du privilège de l'indicateur de police :

[TRADUCTION] Deux thèses connexes sont avancées pour justifier l'existence de la règle d'intérêt général suivant laquelle l'identité des indicateurs de police ne devrait pas être dévoilée. La « thèse de la protection/dissuasion » reconnaît que, bien que les citoyens soient tenus de communiquer à la police les renseignements au sujet des crimes, ils peuvent se soustraire à ce devoir dans les cas où le dévoilement de leur identité pourrait mettre en péril leur sécurité physique ou leurs intérêts financiers. Quoique certains auteurs avancent que les intérêts personnels des indicateurs sont protégés simplement pour assurer un afflux constant d'informations, cette position est peut-être trop basée sur des considérations de pure efficacité pour être considérée comme le fondement d'une règle d'intérêt général. Tout comme chaque citoyen a le devoir particulier de contribuer à l'application de la loi, la société doit protéger les intérêts d'un citoyen qui met ses intérêts en péril en participant à la réalisation d'un objectif d'intérêt public.

La thèse de l'« afflux constant d'informations» constitue le second fondement sur lequel repose la règle d'intérêt général justifiant le privilège de l'indicateur de police. Cette thèse se rattache directement à l'intérêt du public dans la prévention du crime. Cette thèse est fondée sur la notion de considération : si l'identité de certains indicateurs est dévoilée, d'éventuels indicateurs n'accepteront pas de courir le risque du dévoilement de leur identité et refuseront de fournir des renseignements à la police. Le tarissement de ces sources d'information porterait alors gravement atteinte à la capacité des forces de l'ordre de protéger le public contre l'activité criminelle.

(T. G. Cooper, *Crown Privilege* (1990), p. 189-191)

(2) Limits on the Scope of Informer Privilege

Like any other rule, that of informer privilege has its exceptions. The most widely accepted one relates to situations where the accused could be prevented from proving his or her innocence if he or she were not permitted to obtain and use information that might tend to identify an informer ("innocence at stake exception"). In such cases, it is now accepted that informer privilege does not apply where the principles of criminal justice designed to avoid conviction of the innocent are in issue (see, *inter alia*, *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281).

In my colleague's view, this is the only exception to the privilege. Where it does not apply, informer privilege is "absolute". Thus, he proposes an interpretation to the effect that proof that a person is an informer is sufficient to compel the trial judge to prevent the disclosure, to anyone in any circumstances (unless, of course, the innocence of the accused is at stake), of any information that might identify the informer. According to this interpretation of the rule of confidentiality, which is based on *obiter dicta* of this Court, only an application of the privilege as strict as this will be consistent with the objectives the privilege was developed to achieve.

I cannot bring myself to adopt so inflexible an interpretation of this judge-made rule of the common law. In my opinion, it is more consistent with the logic of the common law and with the values of the *Charter* to hold that the trial judge always has the discretion (except where the law withdraws it) to authorize or order the disclosure of information that might tend to identify an informer in the rare cases where the judge is satisfied that disclosure of the information would better serve the interests of justice than keeping it secret. However, this disclosure should be no more extensive than is required by the best interests of justice. It should be noted that the interests of justice constitute the

(2) Les limites à la portée du privilège de l'indicateur de police

103 Comme toute autre règle, celle du privilège de l'indicateur de police est assortie d'exceptions. La plus largement acceptée est celle relative aux situations où l'accusé pourrait être empêché de démontrer son innocence si on ne lui permettait pas d'obtenir et d'utiliser des informations susceptibles de permettre l'identification d'un indicateur de police (l'[TRADUCTION] « exception relative à la démonstration de l'innocence »). Dans de tels cas, il est maintenant reconnu que le privilège de l'indicateur de police cède devant les impératifs des principes de justice pénale destinés à éviter la condamnation des innocents (voir notamment *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281).

104 D'après mon collègue, il s'agit de la seule exception au privilège. En dehors de son cadre d'application, le privilège de l'indicateur de police reste « absolu ». Selon l'interprétation qu'il propose, il suffit donc de prouver qu'une personne est un indicateur de police pour que le juge du procès soit dès lors tenu d'empêcher la divulgation, à quiconque et en toutes circonstances (à moins, bien sûr, que l'innocence d'un accusé soit en jeu), de toute information susceptible de permettre son identification. Suivant cette interprétation de la règle de la confidentialité, qui s'appuie sur certains *obiter dicta* de notre Cour, seule une application aussi stricte du privilège respectera les objectifs pour lesquels celui-ci a été reconnu.

105 Je ne peux me résoudre, pour ma part, à adopter une interprétation aussi rigide de cette règle prétorienne, issue de la common law. À mon avis, il est plus conforme à la logique de la common law et aux valeurs de la *Charte* de reconnaître que le juge du procès conserve toujours le pouvoir discrétionnaire (à moins que la loi ne le lui retire) de permettre ou d'ordonner la communication d'informations susceptibles de permettre l'identification d'un indicateur de police dans les rares cas où le juge sera convaincu qu'une telle communication servirait mieux l'intérêt de la justice que le maintien du secret. Cette communication ne devrait par ailleurs pas être plus importante que ne l'exige l'intérêt

justification for and purpose of the privilege. It is in reference to them that the limits on informer privilege will be established.

(3) Special Nature of the Case at Bar

106 This case raises particular difficulties with regard to the application of informer privilege. The decisions of this Court that are being relied upon to support the "absolutist" interpretation of the privilege arise from the classic scenario in which an attempt is made to adduce in evidence information that might tend to identify an informer who is not a party to the case (see *Leipert, R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, and *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, although the last of these cases relates to proceedings of a board of inquiry investigating police activities). This scenario is first and foremost a matter of the law of evidence and only quite indirectly involves the public's constitutional right to open courts. The case at bar has a completely different factual matrix. Here, the issues relating to the Named Person's status as a police informer are not incidental to the legal proceedings, as is generally the case. On the contrary, they are at the very heart of the Named Person's applications. Furthermore, the stay of proceedings application the Named Person ultimately intends to make should relate to how the foreign and Canadian governments treated him as an informer. This is the very type of legal proceeding in which the open court principle assumes particular importance. There is no denying that how the Canadian government deals with informers can be of considerable significance in a democratic debate on the values of this country's justice system and on the proper administration of justice, which are matters of public interest.

107 Thus, the public's right to open courts and the imperative of protecting the public's interest in the

supérieur de la justice. On se rappellera que l'intérêt de la justice constitue la justification et la finalité de ce privilège. C'est par rapport à cet intérêt que s'établiront les limites du privilège de l'indicateur.

(3) Le caractère particulier de la présente affaire

La présente affaire soulève des difficultés particulières pour la mise en œuvre du privilège de l'indicateur de police. Les arrêts de notre Cour invoqués au soutien de l'interprétation absolutiste du privilège relèvent en effet du scénario classique où l'on tente de mettre en preuve des informations susceptibles d'identifier un indicateur qui n'est pas lui-même partie au litige (voir *Leipert, R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, et *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, dans le contexte toutefois des travaux d'une commission d'enquête sur des activités policières dans ce dernier cas). Un tel scénario relève d'abord et avant tout du droit de la preuve et il ne fait intervenir le droit constitutionnel du public à la publicité des débats judiciaires que bien indirectement. La présente affaire s'inscrit dans un cadre factuel complètement différent. En l'espèce, les questions relatives à la qualité d'indicateur de police de la personne désignée ne sont pas incidentes aux procédures judiciaires, comme c'est généralement le cas. Au contraire, elles se situent au cœur même des requêtes présentées par la personne désignée. De plus, la requête pour sursis des procédures qu'entend ultimement présenter la personne désignée devrait porter sur le traitement que lui ont réservé les gouvernements étranger et canadien en tant qu'indicateur de police. Or, c'est justement à l'égard de ce genre de débats judiciaires que le principe de la publicité de ces débats prend toute son importance. On ne saurait en effet nier que la manière dont se comporte le gouvernement canadien à l'égard de ses indicateurs de police peut avoir une importance considérable pour la tenue d'un débat démocratique sur les valeurs de la justice de notre pays et sur sa bonne administration, autant de questions d'intérêt public.

Ainsi, le droit du public à la publicité des débats judiciaires et l'impératif de protection de l'intérêt

proper administration of justice are much more directly affected by informer privilege in the case at bar than in the classic scenario. In fact, the circumstances of the instant case appear to be so unusual that counsel for the parties could not refer us to any similar cases. In a situation such as this, this Court must be careful in considering a proposal to resolve the problem with significant constitutional ramifications that is before it by importing a legal rule developed in a completely different context, that of the law of evidence, and applying that rule in its entirety. The commentators and the courts have noted that an exhaustive inquiry should be conducted every time extending informer privilege beyond its traditional parameters is being contemplated (see J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 883, para. 15.59).

du public dans la bonne administration de la justice se trouvent, en l'espèce, beaucoup plus directement affectés par le privilège de l'indicateur de police que dans le scénario classique. En fait, les circonstances de la présente affaire apparaissent tellement exceptionnelles que les procureurs des parties ont été incapables de nous citer un cas similaire. Dans une telle situation, notre Cour devrait faire preuve de prudence lorsqu'on propose d'importer et d'appliquer intégralement une règle de droit élaborée dans un contexte complètement différent, celui du droit de la preuve, dans le but de résoudre le problème aux ramifications constitutionnelles importantes dont elle est saisie. On a d'ailleurs déjà souligné, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, qu'un examen exhaustif devrait être effectué, chaque fois qu'il est envisagé d'étendre la sphère d'application du privilège de l'indicateur de police au-delà de ses frontières habituelles (voir J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2e ed. 1999), p. 883, par. 15.59).

It is also important to bear in mind that although this Court's comments in *Leipert* came after the decision in *Dagenais*, they were made before the Court stressed the constitutional nature of the open court principle in *Mentuck*, *Vancouver Sun* and *Toronto Star*. Furthermore, the case the Court was commenting on in *Leipert* was not as exceptional as the case at bar, in which the issue involves reconciling potentially conflicting values and principles.

108 Il est par ailleurs important de ne pas perdre de vue que — bien que postérieurs à l'arrêt *Dagenais* — les propos formulés par notre Cour dans *Leipert* ont été énoncés avant que celle-ci ne rappelle avec force le caractère constitutionnel du principe de la publicité des débats dans les arrêts *Mentuck*, *Vancouver Sun* et *Toronto Star*. Les commentaires de notre Cour dans *Leipert* ne résultent d'ailleurs pas de l'examen d'un cas aussi exceptionnel que la présente espèce, qui soulève un problème de conciliation de valeurs et de principes potentiellement conflictuels.

In my opinion, the judge-made rule of informer privilege cannot deprive a judge of the discretion to consider whether the rule is applicable. The issue will of course be resolved so easily in classic fact situations that the reasoning will be implicit and the application of the rule will appear to be absolute. However, the instant case clearly shows that, in certain exceptional circumstances, it will be more difficult to establish the scope of the privilege and an adversarial proceeding will be necessary. This will be true, for example, where, as appears to be the case here, the judge must consider the

109 À mon avis, la règle prétorienne du privilège de l'indicateur de police ne saurait priver le juge du procès du pouvoir discrétionnaire de s'interroger sur la pertinence de son application. Bien entendu, dans les situations factuelles classiques, la question sera si aisément réglée que le raisonnement pourra demeurer implicite et la règle paraîtra d'application absolue. Toutefois, le présent dossier démontre bien que, dans certaines circonstances exceptionnelles, la portée du privilège restera plus difficile à établir et exigera la tenue d'un débat contradictoire. Cela se produira notamment lorsque, comme c'est

possibility that the privilege is being abused or is being diverted from its purpose.

110 The decision of the Quebec Court of Appeal in *R. v. Hiscock* (1992), 72 C.C.C. (3d) 303, appears to be based on the reasoning. In that case, one of the two accused was a police informer whom the RCMP had asked to set up an operation to import hashish. The RCMP soon suspected that something was amiss in the operation. After electronic surveillance, followed by a search of the informer's vehicle, the informer was arrested and charged with conspiracy, trafficking, and possession of narcotics for the purpose of trafficking. According to the Crown, the informer had misappropriated part of the shipment of drugs that was supposed to be controlled by the RCMP.

111 After being convicted at trial, the accused argued that the wiretap evidence should be excluded because to admit it on appeal would be to violate informer privilege. The Quebec Court of Appeal rejected this argument, stating that informer privilege did not apply in the circumstances of the case. Writing for a unanimous panel, I took the opportunity to emphasize that the social justification for this privilege was found in the need to ensure performance of the policing function and maintenance of law and order (p. 329). The informer was granted the protection of informer privilege not in his personal interest, but in the interest of more effective law enforcement (p. 329). I concluded that the privilege should not be interpreted and applied so as to authorize the commission of criminal acts in the sole interest of the accused and therefore could not be used by the accused as they proposed to use it (p. 330). The opposite interpretation would have endorsed an abuse of the privilege, given its objective.

112 Furthermore, this Court's decision in *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57, seems to me to be based on similar reasoning. In a proceeding in the British Columbia Supreme Court between the federal government

apparemment le cas en l'espèce, le juge est préoccupé par la présence possible d'un abus du privilège ou d'un détournement de sa finalité.

Un tel raisonnement semble à la base de la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Hiscock c. R.*, [1992] R.J.Q. 895. Dans cette affaire, un des deux accusés était un indicateur de police à qui la GRC avait demandé d'organiser une opération en vue d'importer du haschich. Rapidement, la GRC a soupçonné des anomalies dans l'opération. Après une écoute électronique suivie d'une perquisition dans la voiture de l'indicateur, ce dernier a été arrêté et a été accusé de complot, de trafic et de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic. Selon la Couronne, l'indicateur avait détourné à son profit une partie de la cargaison de drogues qui devait être contrôlée par la GRC.

Déclarés coupables en première instance, les accusés ont cherché à faire écarter le contenu des écoutes électroniques, soutenant que l'admission de cette preuve en appel aurait pour effet de violer le privilège de l'indicateur de police. La Cour d'appel du Québec a écarté ce moyen, déclarant que le privilège de l'indicateur était inapplicable à la situation visée. Au nom d'une formation unanime, j'ai alors eu l'occasion de rappeler que la justification sociale de ce privilège se trouvait dans la nécessité d'assurer l'exécution de la fonction policière et le maintien de l'ordre public (p. 911). La protection du privilège de l'indicateur de police était accordée à ce dernier, non pas dans son intérêt personnel, mais dans celui d'une meilleure application de la justice (p. 912). J'ai conclu que le privilège ne devait pas être interprété et appliqué de manière à autoriser la commission d'actes criminels dans le seul intérêt du prévenu et qu'il ne pouvait donc pas être utilisé par les accusés tel qu'ils proposaient de le faire (p. 912). L'interprétation contraire aurait cautionné une utilisation abusive du privilège, eu égard à son objectif.

Un raisonnement analogue me semble par ailleurs fonder la décision de notre Cour dans l'arrêt *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57. Dans une instance devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui

and some of its staff lawyers, the government had originally filed a list of documents described as producible. It later changed its position and filed a certificate of the Clerk of Privy Council pursuant to s. 39(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, in order to object to the disclosure of certain documents on the ground that they contained information constituting confidences of the Queen's Privy Council for Canada. The plaintiffs then brought an application to compel production of the documents in question. Their application was dismissed by the British Columbia Supreme Court, but that decision was reversed by the Court of Appeal. According to the Court of Appeal, the government had waived its right to claim confidentiality of the documents by listing them as producible and by disclosing selected information in an affidavit it had filed (see *Babcock*, at para. 6).

opposait le gouvernement fédéral à certains de ses avocats internes, le gouvernement avait d'abord déposé une liste de documents décrits comme pouvant être produits. Par la suite, il avait modifié sa position et déposé une attestation émanant du greffier du Conseil privé en application du par. 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, afin de s'opposer à la production de certains documents au motif qu'ils contenaient des renseignements constituant des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine du Canada. Les demandeurs ont alors présenté une requête afin de contraindre le gouvernement à produire les documents en question. Ils ont été déboutés devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, mais cette décision a été infirmée par la Cour d'appel. Selon cette dernière, le gouvernement avait renoncé à son droit d'invoquer la confidentialité des documents en les identifiant dans sa liste comme pouvant être produits et en communiquant des renseignements choisis dans un affidavit produit (voir *Babcock*, par. 6).

The appeal to this Court concerned the constitutionality of s. 39 of the *Canada Evidence Act*, and the nature of Cabinet confidentiality and the processes by which it may be claimed or waived. According to s. 39(1), "[w]here a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body". Section 39(2) gives examples of such confidences. The Court held that this section of the *Canada Evidence Act*, despite its draconian language, could not "oust the principle that official actions must flow from statutory authority clearly granted and properly exercised: *Roncarelli* [*v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121]" (para. 39). It deduced from this principle "that the certification of the Clerk or minister under s. 39(1) may be challenged where the information for which immunity is claimed does not on its face fall within s. 39(1),

113 Devant notre Cour, le pourvoi avait porté sur la constitutionnalité de l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ainsi que sur la nature de la confidentialité des délibérations du Cabinet et sur les mécanismes par lesquels on peut l'invoquer ou y renoncer. Aux termes du par. 39(1), « [l]e tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada. » Le paragraphe 39(2) en donne, pour sa part, des exemples. Notre Cour avait alors jugé que, malgré son libellé draconien, cet article de la *Loi sur la preuve au Canada* ne pouvait « écarter le principe selon lequel les actes officiels doivent relever d'un pouvoir clairement conféré par la loi et exercé de façon régulière : *Roncarelli* [*c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121] » (par. 39). Notre Cour avait déduit de ce principe « qu'il est possible de contester l'attestation

or where it can be shown that the Clerk or minister has improperly exercised the discretion conferred by s. 39(1)" (para. 39).

114 The rationale underlying the decisions in *Babcock* and *Hiscock* is in my view applicable, with necessary adaptations, to the situation now before the Court. Under an absolute interpretation of informer privilege, the mere fact that an informer is involved would suffice to compel the judge to protect any information that might tend to identify the informer unless either the informer waived this privilege or the possibility of establishing the innocence of an accused would be compromised if secrecy were maintained. In my opinion, *Hiscock* and *Babcock* demonstrate the importance of ensuring that the courts have the power to review the reasons given for shielding certain information from public scrutiny and to refuse to grant an application for disclosure where an attempt is being made to divert the rule of confidentiality from its intended purpose, namely to foster the proper administration of justice and protect the public interest therein. These judgments clearly illustrate why it is important not to interpret the informer privilege rule as preventing the trial judge from asking whether the proposed use of the privilege for a specific purpose is consistent with the very reason for its existence. As Burton J. of the United States Supreme Court stated in *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957), "[t]he scope of the privilege is limited by its underlying purpose" (p. 60).

(4) Effect of the Two Justifications for the Privilege on Judicial Discretion

115 There will be other, undoubtedly rare situations in which courts will be justified in reviewing the appropriateness of applying informer privilege to limit the openness of their proceedings, and in conducting an adversarial proceeding on this issue.

délivrée par le greffier ou le ministre en application du par. 39(1) lorsque les renseignements à l'égard desquels l'immunité est invoquée ne relèvent pas à leur face même du par. 39(1), ou lorsqu'il peut être démontré que le greffier ou le ministre ont exercé de façon irrégulière le pouvoir discrétionnaire que le par. 39(1) leur confère » (par. 39).

Les raisonnements à la base des arrêts *Babcock* et *Hiscock* me paraissent applicables, avec les adaptations nécessaires, à la situation que nous examinons maintenant. Suivant une interprétation absolue du privilège de l'indicateur, il suffirait que l'on se trouve en présence d'un indicateur pour que le juge soit contraint de protéger toute information susceptible de l'identifier, à moins que l'indicateur n'ait renoncé à ce privilège ou que l'innocence d'un accusé soit mise en péril par le maintien du secret. À mon avis, les arrêts *Hiscock* et *Babcock* témoignent de l'importance de réserver aux tribunaux le pouvoir de s'interroger sur les raisons pour lesquelles on tente de soustraire au regard du public certaines informations et le pouvoir de refuser de donner suite à une demande de communication dans des cas où l'on tente de détourner la règle de la confidentialité de l'objectif qui la justifie, soit la promotion d'une saine administration de la justice et la protection de l'intérêt du public dans celle-ci. Ces arrêts illustrent bien pourquoi il est important de ne pas interpréter la règle du privilège de l'indicateur de police de manière à empêcher le juge du procès de se demander si l'usage du privilège invoqué dans un but donné respecte la finalité même de son existence. Comme l'affirmait le juge Burton de la Cour suprême des États-Unis dans *Roviaro c. United States*, 353 U.S. 53 (1957), [TRADUCTION] « [l]a portée du privilège est limitée par l'objectif qui le sous-tend » (p. 60).

(4) L'effet des deux justifications du privilège sur le pouvoir discrétionnaire des tribunaux

D'autres situations, sans doute rares, justifieront le tribunal de s'interroger sur l'opportunité d'appliquer le privilège de l'indicateur de police pour limiter la publicité des procédures judiciaires et tenir un débat contradictoire sur la question. Il en sera

This will be the case where a court has doubts that it will be possible both to keep the information secret and to achieve the two purposes on which the informer privilege rule is based.

For example, where an attempt is made to keep information secret, a judge would have to be able to decline to apply the rule of confidentiality if it is established that public disclosure of the information would not place the informer at risk, or if the information is already in the public domain. As one author notes, "[i]f the informer's name is already known, either generally or to those who are likely to resent his activities, further concealment becomes pointless. This is merely an application of the principle now universally accepted in Crown privilege cases that prior publication will defeat the privilege [*Robinson v. South Australia*, [1931] A.C. 704 (P.C.); *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.A.)]" (I. Eagles, "Evidentiary Protection for Informers — Policy or Privilege?" (1982), 6 *Crim. L.J.* 175, at p. 188; see also *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2374). Given the constitutional significance of the open court principle, it is not enough to invoke informer privilege mechanically for it to apply automatically. There must also be a requirement to show that the informer will be at risk if the information is revealed, and the burden of proof on this point must rest with the party alleging this danger (see *Lawrence*).

Insofar as the "absolutist" interpretation of informer privilege forces the trial judge to limit the openness of court proceedings, it seems clear that this interpretation could lead to an infringement of the right to freedom of expression guaranteed to the press and the public by s. 2(*b*) of the *Charter*. It should be noted that in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick*, this Court agreed with the New Brunswick Court of Appeal that s. 486(1) of the *Criminal Code* — which *permits* the trial judge to exclude the public from a trial in appropriate circumstances — infringes the freedom of the press protected by s. 2(*b*). *A fortiori*, in my opinion, a rule

ainsi lorsque le tribunal entretiendra des doutes sur la possibilité de maintenir le secret tout en respectant les deux objectifs qui sont à la base même de la règle du privilège de l'indicateur de police.

116 Par exemple, il faudrait permettre aux juges de ne pas appliquer la règle de la confidentialité lorsqu'il est établi que l'indicateur de police ne court aucun danger, si l'information que l'on tente de garder secrète est révélée au grand jour ou lorsqu'elle est déjà connue du public. Comme le signale un auteur, [TRADUCTION] « [s]i le nom de l'indicateur est déjà connu — soit de façon générale soit de certaines personnes susceptibles de réprouver ses activités — il devient dès lors inutile de continuer de dissimuler son identité. Il s'agit alors simplement d'un cas d'application du principe reconnu dans toutes les affaires concernant le privilège de la Couronne selon lequel la divulgation antérieure de cette information fait échec au privilège [*Robinson c. South Australia*, [1931] A.C. 704 (C.P.); *Sankey c. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.A.)] » (I. Eagles, « Evidentiary Protection for Informers — Policy or Privilege? » (1982), 6 *Crim. L.J.* 175, p. 188; voir aussi *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2374). Étant donné l'importance constitutionnelle de la publicité des débats judiciaires, il ne suffit pas d'invoquer mécaniquement le privilège de l'indicateur de police pour qu'il s'applique automatiquement. Il doit aussi être nécessaire de démontrer que l'indicateur de police court un risque si cette information est dévoilée, et le fardeau de cette preuve doit reposer sur les épaules de celui qui allègue ce danger (voir *Lawrence*).

117 Dans la mesure où elle contraint le juge du procès à limiter la publicité des débats judiciaires, il apparaît évident que l'interprétation absolutiste du privilège de l'indicateur de police risque de porter atteinte au droit à la liberté d'expression et d'information que garantit à la presse et au public l'al. 2*b*) de la *Charte*. On se rappellera que, dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick*, notre Cour a confirmé l'opinion de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick selon laquelle le par. 486(1) du *Code criminel* — qui *autorise* le juge du procès à exclure le public du procès lorsque les circonstances le requièrent — porte atteinte à la liberté de la

that *requires* the trial judge to do so also infringes this fundamental freedom. According to the principles of statutory interpretation, it would be best to interpret the common law rule relating to informer privilege in a manner more consistent with the provisions and values of the *Charter*. The common law's flexibility allows it to adapt incrementally to its constitutional context (*R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8, at para. 20).

118 Although it is true that the respondents have not explicitly challenged the constitutionality of the rule as interpreted by my colleague Bastarache J., the Constitution continues to apply even in the absence of such a challenge and should guide the Court in interpreting and reconciling the relevant legal principles. Furthermore, it should be borne in mind that no one has appealed the "no absolute bar ruling". This procedural context was hardly likely to prompt the respondents to mount a direct challenge of the constitutionality of the common law rule in this appeal.

(5) Application of the Legal Principles to the Facts

119 Having set out the relevant legal principles, I will now apply them to the facts of the instant case. In this regard, I think it appropriate to reiterate once again the very specific issue this Court has been asked to decide: whether the extradition judge erred in ordering the disclosure of the documents in issue to the media representatives and media counsel.

120 It is common ground that these documents contain information that might tend to identify the Named Person. This alone leads my colleague to conclude that the privilege applies and that the trial judge therefore erred in law.

121 I explained above why, in my opinion, this Court should not accept so inflexible and

presse protégée par l'al. 2*b*). *A fortiori*, une règle qui *oblige* le juge du procès à exclure le public du procès me semble elle aussi porter atteinte à cette liberté fondamentale. Selon les principes d'interprétation législative, il vaudrait mieux interpréter la règle de common law relative au privilège d'une manière plus conforme aux dispositions et aux valeurs de la *Charte*. La souplesse de la common law lui permet d'ailleurs de s'adapter graduellement au contexte constitutionnel à l'intérieur duquel elle évolue (*R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8, par. 20).

Certes, les intimés n'ont pas explicitement attaqué la constitutionnalité de la règle telle que l'interprète mon collègue le juge Bastarache. Même en l'absence d'une telle contestation, la Constitution continue de s'appliquer et devrait guider l'interprétation des principes juridiques pertinents et leur conciliation. De plus, on se souviendra qu'aucun appel n'avait été interjeté à l'égard de la [TRADUCTION] « décision sur l'absence d'interdiction absolue ». Cette situation procédurale n'était guère de nature à inciter les intimés à mettre en jeu directement la constitutionnalité de la règle de common law dans le présent appel.

(5) Application des principes juridiques aux faits

Les principes juridiques pertinents étant maintenant établis, je vais les appliquer aux faits de l'espèce. À cet égard, il me semble opportun de rappeler à nouveau la question très précise que notre Cour est appelée à trancher, à savoir déterminer si le juge d'extradition a fait erreur en ordonnant la communication des documents en litige aux représentants des médias et à leurs avocats.

Il est acquis que ces documents contiennent des informations susceptibles d'identifier la personne désignée. Ce seul constat amène mon collègue à conclure à l'application du privilège et donc à l'erreur de droit du premier juge.

J'ai exposé ci-dessus pourquoi, à mon avis, notre Cour ne devrait pas avaliser une application aussi

mechanical an application of the informer privilege rule. I also explained why it is appropriate to hold that the trial judge always has the discretion to authorize, in appropriate exceptional circumstances, the disclosure of information that might tend to identify an informer, even in open court. Given the importance of the principles in issue, the decision whether or not to allow the disclosure of such information in open court must be made on the basis of a well-substantiated factual record. Consequently, I believe that the judge must be allowed, where he or she considers it appropriate to do so, to authorize or order the disclosure to interested parties of any information deemed necessary for the issue to be argued in a helpful adversarial proceeding. Of course, the judge must then be very careful and must authorize this disclosure only if he is satisfied that the information will be kept confidential. He must also avoid disclosing more than is strictly necessary to ensure that the adversarial proceeding is helpful. Thus, he is under an obligation to reduce what is disclosed to a minimum and to control the dissemination of the information.

Did the extradition judge abide by these principles in the case at bar? I will now consider the problems raised by the disclosure of the documents in issue to media counsel, and will address those raised by their disclosure to the media representatives in the subsequent section.

C. *Scope of the Information That Can Be Disclosed to Media Counsel*

(1) Discretionary Nature of the Decision

The decision to order the disclosure of the documents in issue to media counsel was within the extradition judge's authority and was discretionary in nature. Gonthier J., writing for this Court, discussed the standard of review applicable to this type of decision in *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, at p. 1375:

rigide et mécanique de la règle du privilège de l'indicateur de police. J'ai aussi expliqué l'utilité de reconnaître que le juge du procès conserve toujours le pouvoir discrétionnaire de permettre, dans les circonstances exceptionnelles appropriées, que des informations susceptibles d'identifier un indicateur de police soient divulguées même en audience publique. Vu l'importance des principes en jeu, la décision de permettre ou non la communication en audience publique de ces informations doit être prise à la lumière d'un dossier factuel bien étayé. Par conséquent, il me semble nécessaire de permettre au juge du procès, s'il estime une telle mesure indiquée, de permettre ou d'ordonner que soient communiquées aux parties intéressées toutes les informations qu'il considère nécessaires à la tenue d'un débat contradictoire utile sur la question. Bien entendu, le juge d'extradition doit alors faire preuve de beaucoup de prudence et ne doit permettre cette communication que s'il est convaincu que la confidentialité des informations sera respectée. Par ailleurs, il doit éviter d'étendre le contenu de la communication au-delà de ce qui est strictement nécessaire à la tenue d'un débat contradictoire utile. Il a alors l'obligation, à cette occasion, de réduire au minimum l'étendue de la communication et de contrôler la diffusion des informations.

122 En l'espèce, le juge d'extradition a-t-il respecté ces paramètres? Je vais donc maintenant étudier les problèmes soulevés par la communication des documents en litige aux avocats des médias et aborder ceux soulevés par leur communication aux représentants des médias dans la section suivante.

C. *L'étendue des informations pouvant être communiquées aux avocats des médias*

(1) Le caractère discrétionnaire de la décision

123 La décision d'ordonner la communication des documents en litige aux avocats des médias relevait des fonctions du juge d'extradition et était de nature discrétionnaire. Le juge Gonthier, au nom de notre Cour, a étudié la norme de contrôle applicable à ce type de décision dans *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, p. 1375 :

The principles enunciated in the *Harper* case [*Harper v. Harper*, [1980] 1 S.C.R. 2] indicate that an appellate court will be justified in intervening in a trial judge's exercise of his discretion only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice.

To the same effect, see *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, at paras. 117 and 139; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at paras. 48-50; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, at pp. 404-5; and *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 76-77.

(2) Application of the Legal Principles to the Facts of the Case at Bar

124 It can be seen from the extradition judge's reasons and from the facts admitted by the parties for the purposes of this appeal that the judge ultimately relied on a series of factors in reaching the conclusion that this might be a case in which the appropriateness of applying the rule of informer privilege was questionable. He accordingly felt that this might be a case in which information that might tend to identify a police informer should be disclosed in open court, and that an adversarial proceeding would be required to decide this issue. It may be that none of these factors would on its own have been sufficient to justify this decision. However, it seems clear to me that, taken as a whole, these factors provide ample justification for the decision.

125 Furthermore, given the complexity of the facts and of the applicable legal principles, the extradition judge considered it necessary for media counsel to have access to more evidence in order to be able to make a meaningful contribution to this proceeding. I see no sufficient reason for intervening as regards the principle behind the actual decision to disclose additional information. Here again, it seems clear to me that the evidence considered by the extradition judge, taken as a whole, justified this decision. I therefore find that he correctly exercised his discretion in ordering the disclosure to media counsel of certain information that might tend to identify the Named Person so that they could make a

Les principes énoncés dans l'arrêt *Harper* [*c. Harper*, [1980] 1 R.C.S. 2] indiquent qu'une cour d'appel ne sera justifiée d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance que si celui-ci s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice.

Dans le même sens, voir *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, par. 117 et 139; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 48-50; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, p. 404-405; et *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 76-77.

(2) Application des principes juridiques aux faits de l'espèce

Il ressort des motifs du premier juge et des faits admis par les parties pour les besoins du présent appel que c'est en définitive sur un ensemble de facteurs que le juge d'extradition a fondé son opinion qu'il s'agissait peut-être d'un cas où l'opportunité d'appliquer la règle du privilège de l'indicateur de police était douteuse. Il a par conséquent considéré qu'il s'agissait possiblement d'un cas où des informations susceptibles d'identifier un indicateur de police devraient être dévoilées en audience publique et qu'il était nécessaire de conduire un débat contradictoire pour en décider. Il se peut qu'aucun de ces éléments n'aurait suffi à lui seul pour justifier cette décision. Il me semble cependant clair que l'ensemble de ces éléments la justifiait largement.

Par ailleurs, vu la complexité des faits et des principes de droit applicables, le juge d'extradition a estimé qu'il était nécessaire que les avocats des médias aient accès à davantage d'éléments de preuve pour être en mesure de participer utilement à ce débat. Je ne vois aucune raison suffisante d'intervenir quant au principe de la décision même de communiquer des informations additionnelles. Ici encore, il me semble clair que l'ensemble des éléments considérés par le juge d'extradition justifiait cette opinion. Je conclus par conséquent qu'il a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en ordonnant la communication aux avocats des médias de certaines informations susceptibles d'identifier

meaningful contribution to the proceeding. However, I am of the opinion that he erred in law in allowing a more extensive disclosure than was necessary without attempting to screen the information so as to minimize its dissemination.

The extradition judge's decision appears to be based on several grounds. First, he considered the fact that this is a case in which there has already been unusually wide disclosure of the Named Person's identity. In the typical scenario in which informer privilege is invoked, the informer's identity is known to only a limited number of people in the police force for which he or she acts as an informer. In the case at bar, however, the Named Person's identity has probably already been disclosed to a very large number of people. The list is long. For example, it may include the Named Person's counsel and their associates, the lawyers and officials of the governments involved in the extradition proceeding, members of the police forces involved in preparing the case and in conducting the operations or, finally, and this could be particularly significant, even the Named Person's co-conspirator.

Of course, the Named Person cannot be held responsible for this broad disclosure. I do not mean to suggest that he has, as a result, lost his right to confidentiality regarding his status as an informer. Nevertheless, the scope of the disclosure confirms that the fact situation in the case at bar is quite different from that of the classic scenario in which informer privilege is usually invoked. It would be rather unrealistic to discount the scope of this disclosure when assessing the harm the Named Person would suffer as a result of the disclosure of the documents in issue to media counsel. Owing to the breadth of the prior disclosure, it can be asked whether ordering the controlled release of this information to a few more people would really increase the risk faced by the Named Person.

la personne désignée afin qu'ils puissent participer utilement aux débats judiciaires. Je suis toutefois d'avis qu'il a fait erreur en droit en permettant une communication plus étendue que nécessaire de l'information sans tenter de la filtrer au préalable afin de réduire au minimum sa diffusion.

126 La décision du juge d'extradition me semble fondée sur plusieurs motifs. Premièrement, il a considéré le fait qu'il s'agit d'un cas où l'identité de la personne désignée a déjà fait l'objet d'une communication exceptionnellement large. Dans le scénario typique où le privilège de l'indicateur de police est invoqué, l'identité de celui-ci n'est connue que d'un nombre restreint de personnes au sein du corps policier pour lequel il agit comme indicateur. Au contraire, en l'espèce, l'identité de la personne désignée a sans doute déjà été dévoilée à un très grand nombre de personnes. La liste est longue. Par exemple, elle est susceptible d'inclure ses procureurs et leurs collaborateurs, les avocats et fonctionnaires des États concernés par la procédure d'extradition, le personnel des corps policiers participant à l'élaboration du dossier et à la conduite des opérations ou, enfin, ce qui pourrait s'avérer particulièrement significatif, le co-conspirateur même de la personne désignée.

127 Bien entendu, la personne désignée ne saurait être tenue responsable de cette large communication. Je n'entends pas soutenir que cette personne a perdu son droit à la confidentialité de sa qualité d'indicateur en raison de cette communication. Toutefois, l'étendue de celle-ci confirme que l'on se trouve en l'espèce devant une situation factuelle bien différente du scénario classique où le privilège de l'indicateur de police est habituellement invoqué. Par ailleurs, ce serait faire preuve de peu de réalisme que de ne pas tenir compte de l'étendue de cette communication dans l'évaluation du préjudice que subirait la personne désignée en raison de la communication aux avocats des médias des documents en litige. L'ampleur de cette communication permet en effet de se demander si le fait d'ordonner la communication contrôlée de ces informations à quelques personnes supplémentaires ferait vraiment augmenter les risques courus par la personne désignée.

128 This is particularly true in light of the fact that even the Named Person's co-conspirator is aware of his identity, which is the second piece of evidence on which the extradition judge appears to have founded his decision. The extradition judge seems to have felt that this might be a case in which it could be shown, at the hearing of the *in camera* application, that proceeding with the stay of proceedings application in open court would pose no additional risk to the Named Person insofar as the only person likely to want to seek revenge, his co-conspirator, already knows his identity. It should be noted that this is why members of the media want to know the identity of the requesting state, as they are aware that the Named Person's identity may already have been disclosed in that country, during the legal proceedings and in the media. In such circumstances, as I explained above, it would have been appropriate for the extradition judge to dismiss the *in camera* application, unless there were other grounds favouring a closed hearing.

129 Third, the extradition judge appears to have been afraid that the government was concerned more with shielding certain of its activities from public scrutiny than with assuring an informer's safety. In other words, the extradition judge seems to have feared that the government was in fact attempting to divert informer privilege from its real purpose. The extradition judge also appears to have been concerned about the risk that the public might be unduly deprived of the right to debate a subject of importance to any democratic society. In this regard, his concerns were not unlike those of this Court in *Mentuck*.

130 Fourth, the extradition judge appears to have felt that the very nature of the stay of proceedings application favoured hearing it in open court. On the one hand, the extradition judge noted that it is at first glance incompatible with the integrity of judicial proceedings to secretly decide an application for a determination as to whether the public would be so shocked by the government's conduct that it would be preferable to stay the proceedings. On the other hand, he added that this might be a case

Cela est particulièrement vrai, si l'on tient compte du fait que même le co-conspirateur de la personne désignée connaît son identité. C'est le deuxième élément de preuve sur lequel le juge d'extradition semble avoir fondé sa décision. Il paraît en effet avoir considéré qu'il s'agissait peut-être d'un cas où l'on pourrait démontrer, lors de l'audience de la requête pour huis clos, que l'audition publique de la requête pour sursis des procédures ne ferait courir aucun risque supplémentaire à la personne désignée, dans la mesure où la seule personne susceptible de vouloir se venger, son co-conspirateur, connaît déjà son identité. On notera que c'est à cette fin que les médias veulent connaître l'identité de l'État requérant, conscients du fait que l'identité de la personne désignée a peut-être déjà été dévoilée dans cet État durant les procédures judiciaires et dans les médias. Dans une telle situation, comme je l'ai expliqué plus haut, le juge d'extradition aurait été en droit de rejeter la requête pour huis clos, à moins que d'autres raisons ne militent en faveur de la fermeture de la salle d'audience.

Troisièmement, le juge d'extradition semble avoir craint que le gouvernement cherche plus à mettre certaines de ses actions à l'abri de l'œil critique du public qu'à protéger la sécurité d'un indicateur de police. En d'autres mots, le juge d'extradition paraît avoir redouté que le gouvernement tente, dans les faits, de détourner le privilège de l'indicateur de police de sa véritable finalité. Le juge d'extradition semble aussi avoir été préoccupé par le risque que le public soit indûment privé du droit de débattre d'un sujet d'importance pour toute société démocratique. À cet égard, ses préoccupations ne sont pas sans rappeler celles de notre Cour dans l'arrêt *Mentuck*.

Quatrièmement, le juge d'extradition paraît avoir considéré que la nature même de la requête pour sursis des procédures militait en faveur de la publicité de cette procédure. D'une part, le juge d'extradition a rappelé qu'il est de prime abord incompatible avec l'intégrité des procédures judiciaires que soit décidée, derrière des portes closes, une requête visant à faire déterminer si le public serait si choqué par la conduite du gouvernement qu'il deviendrait préférable de surseoir aux procédures. D'autre part,

in which the public policy considerations underlying the rule of informer privilege might be better served by proceeding in open court.

Fifth, the extradition judge seems to have attached great weight to the fact that disclosure of the documents in issue to lawyers, and only after they had given appropriate undertakings of confidentiality, would probably not result in any additional risk to the Named Person. Lawyers are officers of the court and are held to strict ethical standards. Any violation of the confidentiality of these documents in breach of the undertakings they have given could be sanctioned, not only through contempt of court proceedings, but also through the disciplinary process. Moreover, in their profession, lawyers are used to working with confidential documents. Consequently, it must be assumed that they would handle the disclosed documents with the utmost diligence and care.

In my opinion, these various factors provide an ample basis for concluding that the extradition judge was justified in believing that this was probably a case in which informer privilege simply would not apply or in which it would have to be reconciled with the open court principle. They also justify the conclusion that the extradition judge, having considered the whole of the evidence introduced up to that point, was right to consider this case to be one in which it was appropriate to exercise his discretion and order the disclosure to media counsel of all the information they would need to make a meaningful contribution to the proceeding on the *in camera* application. There is no basis for me to find that the extradition judge misdirected himself in reaching this decision or that his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice (see *Elsom v. Elsom*), and I would not interfere with this exercise of his discretion, except as regards the scope of the disclosure.

il a souligné qu'il s'agissait peut-être d'un cas où les considérations de politique d'intérêt général justifiant la règle du privilège de l'indicateur de police seraient peut-être mieux servies par la publicité des débats.

131 Cinquièmement, le juge d'extradition semble avoir accordé beaucoup de poids au fait que la communication des documents en litige à des avocats, et cela, seulement après que ces derniers auraient fourni des engagements de confidentialité appropriés, ne ferait probablement courir aucun risque supplémentaire à la personne désignée. En effet, les avocats sont des auxiliaires de justice, liés par des normes déontologiques sévères. La violation par ceux-ci de la confidentialité de ces documents, en contravention des engagements souscrits, pourrait être sanctionnée, non seulement par la procédure d'outrage au tribunal, mais aussi par le processus disciplinaire. Par ailleurs, les avocats sont habitués, dans leur profession, à travailler avec des documents confidentiels. Il faut par conséquent présumer qu'ils traiteraient les documents divulgués avec la plus grande diligence et la plus grande prudence.

132 Selon moi, ces différents facteurs suffisent largement pour conclure que le juge d'extradition était justifié de penser qu'il s'agissait sans doute d'un cas où le privilège de l'indicateur serait simplement inapplicable ou qu'il devrait être concilié avec le principe de la publicité des débats judiciaires. Ils permettent aussi de conclure que, ayant pris connaissance de l'ensemble de la preuve présentée jusqu'alors, le juge d'extradition était par ailleurs justifié de considérer qu'il était en présence d'un cas où il était en droit d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'ordonner la communication aux avocats des médias de toutes les informations nécessaires à leur participation utile aux débats contradictoires sur la requête pour huis clos. Rien ne me permet de conclure que, ce faisant, le juge d'extradition s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou que sa décision est erronée au point de créer une injustice (voir *Elsom c. Elsom*), et je refuserais d'intervenir à l'égard de cette décision discrétionnaire, sauf quant à l'étendue de l'information communiquée.

133 I continue to believe that it was open to the judge to conduct an adversarial proceeding on the issue of whether the Named Person's application should be heard *in camera* and, to this end, to order that certain information that might tend to identify the Named Person be disclosed to the media outlets to enable them to make a meaningful contribution to the proceeding. However, the extradition judge went too far in ordering that the entire record be disclosed to media lawyers and representatives. The sole purpose of this disclosure is to ensure that the adversarial proceeding is helpful. Consequently, the extradition judge was entitled to order the disclosure of all information relevant to that proceeding, but no more. The extradition judge should accordingly have screened and expurgated or "censored" the documents in issue to remove information that might tend to identify the Named Person but is not relevant to the specific proceeding.

Je demeure d'avis que le juge pouvait choisir de tenir un débat contradictoire sur la question de savoir si la requête de la personne désignée devrait être entendue à huis clos et, à cette fin, ordonner que soient communiquées aux médias certaines informations susceptibles d'identifier la personne désignée, de façon à leur permettre de participer efficacement aux débats judiciaires. Cependant, le juge d'extradition est allé trop loin en ordonnant la communication aux avocats des médias et aux représentants des médias de tout le contenu du dossier. Le seul objectif de cette communication est la tenue d'un débat contradictoire utile. Par conséquent, le juge d'extradition était en droit d'ordonner la communication de toute l'information pertinente à la tenue de ce débat, sans plus. Le juge d'extradition aurait par conséquent dû procéder à un travail de filtrage et d'expurgation ou de « caviardage » des documents en litige afin d'en éliminer certains éléments susceptibles d'identifier la personne désignée, mais non pertinents pour le débat se déroulant devant lui.

134 Before concluding these comments, I would reiterate that my intention in adopting this position is not at all to prejudge the merits of the *in camera* application. At the end of the adversarial proceeding, the extradition judge may well conclude that the risks to the Named Person are so high that to hear the stay of proceedings application in open court would be unacceptable. He may also decide that the public's interest in this application is so minimal that it does not justify any additional risks to the Named Person's safety, as slight as those risks might be. He may ultimately decide to hear the application *in camera*, or he may determine that it will suffice to hold only parts of the hearing *in camera* or to order a publication ban. Because of the importance of the principles in issue, what is essential is that the extradition judge's decision must be as informed as possible and that, for this purpose, he was entitled to the benefit of a helpful adversarial proceeding on the issue. If, after considering all the evidence, the extradition judge thought that such a proceeding was necessary and that the media needed access to certain information that might tend to identify the Named Person in order to

Avant de terminer ces réflexions, j'aimerais une fois de plus rappeler que, en adoptant la présente position, je n'entends nullement préjuger de la décision que devrait rendre le juge d'extradition sur la requête pour huis clos. Au terme du débat contradictoire, le juge d'extradition conclura peut-être que les risques pour la sécurité de la personne désignée sont si élevés qu'il est inacceptable de tenir en public l'audience de la requête pour sursis des procédures. Il se peut aussi qu'il décide que l'intérêt de cette requête pour le public est si minime qu'il ne saurait justifier des risques supplémentaires pour la sécurité de la personne désignée, aussi faibles soient-ils. Peut-être décidera-t-il, en dernière analyse, de tenir l'audition de la requête à huis clos; ou peut-être considérera-t-il qu'un huis clos partiel ou une ordonnance de non-publication suffit. En raison de l'importance des principes en jeu, l'essentiel demeure quand même que cette décision du juge d'extradition doit être la plus éclairée possible et qu'à cette fin il était en droit de bénéficier d'un débat contradictoire utile sur la question. Si, après avoir pris connaissance de l'ensemble de la preuve, le juge d'extradition a cru qu'un tel débat devait

make a meaningful contribution to it, then his decision to order the disclosure of the information must be deferred to, provided that he took the necessary steps to ensure that the disclosure was minimized and controlled. His only error was in not trying to determine which information was actually relevant to the proceeding and to limit the disclosure to it.

D. *Scope of the Information That Can Be Disclosed to Media Representatives*

As the extradition judge noted at para. 127 of his reasons, disclosure to the media representatives is more problematic than disclosure to media counsel. Thus, he was right to point out that, unlike media counsel, the media representatives are not officers of the court. Furthermore, whereas the British Columbia legislature chose to give one particular institution, the Law Society, the power to sanction ethical breaches by lawyers, no comparable institution oversees the journalistic profession. The responsibility for sanctioning a journalist's misconduct with respect to an undertaking of confidentiality would therefore fall to the courts through, in particular, contempt of court proceedings, with all the evidentiary difficulties such proceedings entail.

The extradition judge also noted that the fact that lawyers are officers of the court and are supervised by an organization with the authority to do so creates a presumption in favour of reliance on their undertakings of confidentiality. There is no such presumption in favour of the media representatives. As a result, the judge could often be placed in the uncomfortable situation of having to assess the value of each media representative's undertaking of confidentiality before ordering the disclosure of the information in question.

Finally, the extradition judge recognized that there is a tension between, on the one hand, the

avoir lieu et que les médias avaient besoin, pour y participer utilement, d'avoir accès à certaines informations susceptibles d'identifier la personne désignée, il faut respecter sa décision d'en ordonner la communication, dans la mesure où il a pris les mesures nécessaires pour que cette communication soit minime et contrôlée. Sa seule erreur a été de ne pas chercher à déterminer l'information réellement pertinente au débat et à limiter l'étendue de la communication à celle-ci.

D. *L'étendue des informations pouvant être communiquées aux représentants des médias*

135 Comme l'a noté le juge d'extradition au par. 127 de ses motifs, la communication aux représentants des médias demeure plus problématique que celle faite à leurs avocats. Par conséquent, il a eu raison de souligner que les représentants des médias ne sont pas, à la différence de leurs avocats, des auxiliaires de justice. De plus, alors que le législateur de la Colombie-Britannique a choisi de conférer à une institution particulière, le Barreau, le pouvoir de sanctionner les écarts déontologiques des avocats, la profession journalistique n'est pas surveillée par une institution semblable. La sanction d'un écart de conduite d'un membre de la profession journalistique par rapport à son engagement de confidentialité échoirait donc aux tribunaux, notamment par voie d'outrage au tribunal, avec toutes les difficultés de preuve que cette procédure implique.

136 Par ailleurs, le juge d'extradition a rappelé que le fait que les avocats sont des auxiliaires de justice, et qu'ils sont surveillés par un organisme habilité à le faire, permet de présumer de la qualité de leurs engagements de confidentialité. Cette présomption n'existe pas dans le cas des représentants des médias. Le juge pourrait par conséquent souvent se retrouver dans la situation inconfortable d'avoir à évaluer la valeur de chacun des engagements de confidentialité des représentants des médias avant d'ordonner que leur soient communiquées les informations en question.

137 Enfin, le juge d'extradition a reconnu qu'il existe une tension entre, d'une part, l'intérêt qu'ont les

interest of media outlets in publishing any information they might gather in connection with their participation in legal proceedings and, on the other hand, the interests of justice in ensuring that this information is not made available to the public before the judge authorizes its publication. Although he was aware of these problems, the extradition judge nevertheless concluded that it would be preferable to allow media counsel to share any information disclosed to them with their clients, but only under strict conditions and after each of the media representatives had given an undertaking of confidentiality. In my opinion, this decision of the extradition judge was also within the ambit of his discretion, and I see no basis for this Court to intervene. The decision appears neither to be based on a misdirection nor to be so clearly wrong as to amount to an injustice (*Elsom v. Elsom*). It was based on undertakings by the media representatives and on an accurate understanding of the relationship between them and their counsel.

138 I found the submissions of the intervener Law Society of British Columbia with regard to the legal principles applicable to this aspect of the case to be particularly helpful. For instance, the Law Society quite rightly pointed out that a lawyer's relationship with his or her client is a fiduciary one, as this Court reaffirmed in a recent judgment (*Strother v. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 177, 2007 SCC 24), and that for this reason, the lawyer has a duty to disclose to his or her client any relevant information that he or she may properly disclose (*R. v. Henry* (1990), 61 C.C.C. (3d) 455 (Que. C.A.), at pp. 464-65). This duty to disclose serves a number of purposes, one of which is to enable the client to give informed instructions to the lawyer. Another is to protect the integrity of the solicitor-client relationship. This duty is so important that, according to some, a lawyer who is unable or unwilling to discharge it must refuse or cease to represent the client in question (*Spector v. Ageda*, [1971] 3 All E.R. 417 (Ch. D.), at p. 430).

139 Circumstances can nevertheless arise in which it is impossible to authorize counsel to pass certain

médias à publier les informations qu'ils pourraient recueillir dans le cadre de leur participation à des débats judiciaires et, d'autre part, l'intérêt de la justice à ce que ces informations ne soient pas rendues publiques avant qu'une décision du juge ne l'autorise. Bien qu'il ait été conscient de ces difficultés, le juge d'extradition a tout de même conclu qu'il était préférable de permettre que les avocats des médias puissent transmettre à leurs clients toute l'information qui leur serait communiquée, mais seulement sous des conditions strictes et après que les représentants des médias auraient chacun fourni un engagement de confidentialité. À mon avis, cette décision du juge d'extradition relevait aussi de son pouvoir discrétionnaire et je ne vois aucune raison justifiant notre Cour d'intervenir. Cette décision ne m'apparaît en effet ni fondée sur des considérations erronées en droit, ni erronée au point de créer une injustice (*Elsom c. Elsom*). Elle reposait sur l'engagement pris par les représentants des médias et sur une juste conception des rapports entre ceux-ci et leurs avocats.

Les observations de l'intervenante la Law Society of British Columbia quant aux principes juridiques applicables à cet aspect du dossier m'ont semblé particulièrement utiles. Par exemple, la Law Society a très justement rappelé qu'un avocat est dans une relation fiduciaire vis-à-vis de son client, comme notre Cour vient de le souligner à nouveau dans un arrêt récent (*Strother c. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 177, 2007 CSC 24) et qu'à ce titre, il a le devoir de révéler à son client toute l'information pertinente qu'il est en droit de lui communiquer (*Henry c. R.*, [1990] R.J.Q. 2455 (C.A.), p. 2461-2462). Cette obligation de communication vise plusieurs objectifs, notamment celui de permettre au client de prendre des décisions éclairées quant à la conduite du mandat de l'avocat. Elle veut aussi protéger l'intégrité de la relation avocat-client. En fait, l'importance de cette obligation est telle que, selon certains, l'avocat qui ne veut pas ou ne peut pas s'y conformer est tenu de décliner le mandat ou de cesser d'occuper (*Spector c. Ageda*, [1971] 3 All E.R. 417 (Ch. D.), p. 430).

Il peut néanmoins survenir des circonstances dans lesquelles il ne sera pas possible de permettre

disclosed information on to his or her client. *R. v. Guess* (2000), 148 C.C.C. (3d) 321 (B.C.C.A.), is a good example of such a situation. In that case, the Crown objected to an application by the accused for the disclosure of evidence, arguing that the evidence included privileged or irrelevant documents. The trial judge felt that it would be impossible for him to review all the evidence in question on his own in order to decide whether the Crown's arguments were well founded. His solution was to allow counsel for the accused to review the evidence, but to limit counsel's right to disclose what he learned to his client.

à l'avocat de dévoiler à son client toute l'information qui lui est communiquée. L'affaire *R. c. Guess* (2000), 148 C.C.C. (3d) 321 (C.A.C.-B.), constitue un bon exemple d'une telle situation. Dans ce dossier, la Couronne s'opposait à une requête de l'accusé en communication de la preuve, prétendant que cette preuve concernait des documents privilégiés ou non-pertinents. Le juge du procès considérait qu'il lui était impossible d'étudier seul la preuve concernée afin de décider si les prétentions de la Couronne étaient fondées. Il a alors estimé que la solution consistait à permettre à l'avocat de l'accusé d'étudier la preuve, mais en revanche à limiter le droit de celui-ci de communiquer ce qu'il apprendrait à son client.

I agree with the intervener Law Society of British Columbia that such a solution must remain one of last resort. Counsel's right to disclose evidence to his or her client must not therefore be limited unless this is the only conceivable solution. Furthermore, it is not open to counsel in such situations to consent on their own initiative to limits on their duty to disclose evidence to their clients. They must first obtain their clients' consent (see on this point the reasons of the minority in *Guess*, at para. 101). The reasons why a client might refuse to consent to such a limit may vary. For example, the client may feel that the limit would too seriously undermine his or her relationship with counsel, or may refuse to incur additional expenses without being apprised of the information to which counsel will have access. In this respect, when all is said and done, only the client's interest is at stake. It is therefore up to the client to decide whether to accept any limits on the information that counsel may disclose. 140

Comme l'a suggéré l'intervenante la Law Society of British Columbia, je suis d'avis qu'une telle solution doit rester d'ultime recours. La limitation du droit de l'avocat de communiquer la preuve à son client doit alors être la seule solution envisageable. Par ailleurs, dans une telle situation, il ne revient pas à l'avocat de consentir de son propre chef à limiter son devoir de communiquer la preuve à son client. Il doit préalablement obtenir le consentement de ce dernier (voir à cet égard l'opinion du juge minoritaire dans *Guess*, par. 101). Les raisons pour lesquelles un client pourrait refuser de consentir à une telle restriction varient. Par exemple, il pourra considérer qu'une telle limite serait trop préjudiciable à sa relation avec son avocat ou encore refuser d'engager des frais supplémentaires sans connaître l'information à laquelle son procureur a accès. En définitive, sous cet aspect, c'est le seul intérêt du client qui est en jeu. Il lui revient donc de décider s'il accepte ou non qu'une limite aux informations qui peuvent lui être révélées soit imposée à son avocat.

Because of the requirement that the client's consent be obtained, limits on counsel's right to disclose all relevant information to the client should not be imposed solely by means of a court order. The best way to ensure compliance with the limits will generally be to require an undertaking to this effect by counsel (see *Guess*, at paras. 20-21). Breaches of such undertakings can be sanctioned through disciplinary action (G. MacKenzie, 141

En raison de la nécessité d'obtenir le consentement du client, les limites au droit de l'avocat de communiquer toutes les informations pertinentes à son client ne devraient pas être imposées uniquement par ordonnance de la cour. Généralement, le moyen approprié pour garantir le respect de cette limite consistera à exiger un engagement à cet effet de la part de l'avocat (voir *Guess*, par. 20-21). La violation d'un tel engagement peut être sanctionnée

Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline (4th ed. 2006), at p. 17-7) or contempt of court proceedings (*Orfus Realty v. D.G. Jewellery of Canada Ltd.* (1995), 24 O.R. (3d) 379 (C.A.)). Of course, an undertaking is not an infallible means to avoid leaks. Nevertheless, in most cases, it will be sufficiently reliable to serve as a basis for authorizing the disclosure of the evidence in question. It will be up to the judge, in exercising his or her discretion, to decide in a given case, in light of the information in issue and the risks of disclosing it, whether such undertakings constitute a sufficient guarantee.

142 In the case at bar, the extradition judge did not consider it necessary to require such undertakings from media counsel before ordering the disclosure of the documents in issue. I see no sufficient reason to interfere with this exercise of discretion. Here again, the judge appears to have reached this decision after considering various factors that, taken together, provide ample justification for his decision. I count at least five of them.

143 First, the extradition judge appears to have attached a great deal of importance to the fact that the information would be disclosed only to respected members of the media, and on the condition that they themselves give undertakings of confidentiality. He explicitly considered the good reputations and good faith of the media representatives who had expressed their willingness to give such undertakings of confidentiality in exchange for access to the information.

144 Second, the judge noted that journalists are used to working with confidential information. They seek to protect such information at all costs, since their access to sources depends in large part on their reputation for keeping such promises of confidentiality. The judge added that the media outlets involved in this case have been involved in many important cases in the past and that they

par des poursuites disciplinaires (G. MacKenzie, *Lawyers and Ethics : Professional Responsibility and Discipline* (4e éd. 2006), p. 17-7) et par une procédure d'outrage au tribunal (*Orfus Realty c. D.G. Jewellery of Canada Ltd.* (1995), 24 O.R. (3d) 379 (C.A.)). Bien entendu, l'engagement n'est pas un moyen infaillible d'éviter les fuites. Toutefois, il constituera dans la plupart des cas un moyen suffisamment sûr pour que soit permise, sur cette base, la communication de la preuve recherchée. Il reviendra au juge, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de décider dans chaque cas, à la lumière des informations en question et des risques que leur communication entraînerait, si de tels engagements constituent des garanties suffisantes.

En l'espèce, le juge d'extradition a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'exiger, avant d'ordonner la communication des documents en litige, que de tels engagements soient fournis par les avocats des médias. Je ne vois aucune raison suffisante d'intervenir à l'égard de cette décision discrétionnaire. Ici encore, le juge paraît avoir pris cette décision après avoir considéré divers facteurs qui, pris ensemble, justifient largement sa décision. J'en dénombre au moins cinq.

Premièrement, le juge d'extradition semble avoir accordé beaucoup d'importance au fait que les informations seraient seulement communiquées à des membres respectés des médias, et à la condition qu'ils fournissent eux-mêmes des engagements de confidentialité. Il a d'ailleurs expressément considéré la bonne réputation et la bonne foi des représentants des médias qui s'étaient dits prêts à fournir de tels engagements de confidentialité afin d'avoir accès aux informations.

Deuxièmement, le juge a rappelé que les journalistes sont habitués à travailler avec des informations confidentielles. Ils cherchent à protéger ces informations envers et contre tous, leur accès à des sources d'information dépendant largement de leur réputation quant au respect de telles promesses de confidentialité. Il a aussi souligné que les médias participant au présent dossier ont été appelés à

have always properly discharged their obligation of confidentiality.

intervenir dans plusieurs litiges importants, et qu'ils se sont toujours acquittés convenablement de leur obligation de confidentialité.

Third, the extradition judge considered the fact that there had already been unusually wide disclosure of the Named Person's identity. He concluded from this that to authorize the disclosure to a few media representatives of information that might tend to identify the Named Person would not pose enough of an additional risk to the Named Person to justify prohibiting the disclosure.

145 Troisièmement, le juge d'extradition a tenu compte du fait que l'identité de la personne désignée avait déjà fait l'objet d'une communication exceptionnellement large. Il a alors conclu que le fait de permettre la communication d'informations susceptibles d'identifier la personne désignée à quelques représentants des médias ne ferait pas courir à celle-ci des risques supplémentaires suffisants pour qu'il interdise cette communication.

Fourth, he took into account the negative effects that could result from a refusal to authorize disclosure of the information to the media representatives. For instance, he noted that some media outlets might refuse to commit substantial resources if they are denied knowledge of the substance of the information they intend to publish.

146 Quatrièmement, il a pris en compte les effets négatifs que pourrait avoir le refus de permettre la communication des informations aux représentants des médias. Ainsi, il a mentionné que certains médias pourraient refuser d'engager des ressources importantes s'ils ne peuvent connaître la substance des informations qu'ils entendent publier.

Fifth, the extradition judge felt that the media outlets were entitled, except in the most exceptional circumstances, to know the factual background to a decision affecting their rights. In his view, this information would be needed to enable them either to accept a decision adverse to their interests or to make an informed decision on a possible appeal.

147 Cinquièmement, le juge d'extradition a considéré que les médias avaient le droit, sauf dans les circonstances les plus exceptionnelles, de connaître le contexte factuel dans lequel une décision touchant leurs droits est rendue. Il a jugé que cette information était nécessaire à la fois pour qu'ils acceptent la décision rendue contre eux, et pour qu'ils puissent décider en toute connaissance de cause s'ils veulent porter l'affaire en appel.

In light of all these factors, I am of the opinion that this Court should defer to the exercise by the extradition judge of his discretion to order the disclosure of the documents in issue to media counsel, even in the absence of undertakings by counsel not to pass this information on to their clients. In my view, the extradition judge did not err in law in reaching this conclusion, nor does his ruling appear in any way to be unjust (see *Elsom v. Elsom*). The only real issue here is, I repeat, the scope of the disclosure. In my opinion, the disclosure itself is not, in principle, in issue.

148 Vu l'ensemble de ces facteurs, je suis d'avis que notre Cour devrait respecter la décision discrétionnaire du juge d'extradition d'ordonner la communication des documents en litige aux avocats des médias, même en l'absence d'engagements de leur part précisant qu'ils ne révéleraient pas ces informations à leurs clients. En effet, le juge d'extradition ne me semble pas avoir commis d'erreur de droit en concluant ainsi, et sa conclusion ne me semble par ailleurs nullement injuste (voir *Elsom c. Elsom*). Seule, je le rappelle, est vraiment en jeu l'étendue de la communication. À mon avis, le principe même de celle-ci ne l'est pas.

IV. Procedure for Inviting Media Outlets to Take Part in the Proceedings

149 According to my colleague, the extradition judge erred in law in inviting only certain lawyers — selected by him on the *amicus curiae's* recommendation — to take part in the proceeding on the *in camera* application, because the judge did not have the power to make such a selection. Instead, he should have issued a public notice to allow any interested party to intervene.

150 Although this power may seem problematic, it does exist and the extradition judge did not err in exercising it. Furthermore, the injustice done to those who are not selected is less important than it appears to be. It is inevitable that there will be cases in which judges are forced to limit the number of participants in proceedings concerning the issue of open courts.

151 The issue of giving the media notice of applications that would limit the openness of court proceedings was addressed by Lamer C.J. in *Dagenais*. In that case, a motion for a publication ban had been made in the course of a criminal proceeding. Lamer C.J. concluded that the motion was criminal in nature and that solutions to the practical problems involved in notice to the media should therefore be sought in the provincial rules of criminal procedure and the relevant case law. He accordingly considered Rule 6.04(1) of the *Ontario Court of Justice Criminal Proceedings Rules*, SI/92-99, which provided that "[t]he notice of application shall be served on all parties and, where there is uncertainty whether anyone else should be served, the applicant may make a motion without notice to a judge for an order for directions" (p. 869). This led him to hold that the choice of who was to be given notice and how notice was to be given was at the judge's discretion, and that the judge was to exercise that discretion in accordance with the provincial rules of criminal procedure and the relevant case law. For the same reason, he recognized that issues related to standing were also at the judge's discretion, and

IV. La procédure à suivre pour inviter les médias à participer aux débats

Selon mon collègue, le juge d'extradition a commis une erreur de droit en n'invitant que certains avocats — choisis par lui suite aux recommandations de l'*amicus curiae* — à participer aux débats sur la requête pour huis clos, puisqu'il ne détenait pas le pouvoir de faire un tel choix. Il aurait plutôt dû émettre un avis public de manière à permettre à toute partie intéressée d'intervenir.

Bien que ce pouvoir puisse paraître problématique, il existe et le juge d'extradition n'a pas commis d'erreur en l'exerçant. De toute façon, l'injustice à l'égard de ceux qui ne sont pas choisis est moins importante qu'elle ne semble l'être. Il est d'ailleurs inévitable qu'un juge soit parfois forcé de limiter le nombre d'intervenants aux débats sur la publicité des procédures judiciaires.

La question de l'avis aux médias en cas de requêtes visant à limiter la publicité des débats a été abordée par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Dagenais*. Dans cette affaire, une requête en interdiction de publication avait été présentée dans le cadre de procédures criminelles. Le juge en chef Lamer avait conclu qu'il s'agissait d'une procédure criminelle, et que les solutions aux problèmes pratiques soulevés par l'avis aux médias devaient donc être cherchées dans les règles provinciales de procédure criminelle ainsi que dans la jurisprudence pertinente. Il avait en conséquence considéré la règle 6.04(1) des *Règles de procédure en matière criminelle de la Cour de justice de l'Ontario*, TR/92-99, selon laquelle « [l]'avis de demande est signifié à toutes les parties. En cas de doute quant à l'obligation de le signifier à une autre personne, le requérant peut demander des directives à un juge par voie de requête, sans préavis » (p. 869). Il en avait conclu que le choix des destinataires des avis, ainsi que des modalités des avis, relevait du pouvoir discrétionnaire du juge, exercé conformément aux règles de procédure provinciales en matière criminelle et à la jurisprudence pertinente. Pour la même raison, il avait conclu que les difficultés relatives à

that the same conditions applied to the exercise of this discretion.

In my opinion, the same approach should be taken to resolve the problems that arise in the case at bar. British Columbia's legislation seems to be silent on the procedural rules applicable to an extradition request. Parliament, on the other hand, has provided, in s. 24 of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, that a judge who holds an extradition hearing has, subject to that Act, the powers of a justice acting under Part XVIII of the *Criminal Code*, which concerns the preliminary inquiry. Under s. 537(1)(*i*) of the *Criminal Code*, a justice holding a preliminary inquiry has the power to "regulate the course of the inquiry in any way that appears to the justice to be consistent with this Act". I infer from this that an extradition judge, who is customarily a superior court judge, has the power to regulate the course of the extradition hearing in any way that appears to him or her to be consistent with the *Criminal Code* and the *Extradition Act*. In my opinion, this power includes the power to invite interested parties to take part in proceedings incidental to the extradition request. The judge has some leeway as regards the conditions of this invitation, provided that these conditions facilitate the conduct of the hearing. On this basis, the extradition judge in the case at bar was entitled to select the media counsel he wanted to invite to take part in the proceeding on the *in camera* application.

Furthermore, judges will often be unable to avoid choosing who will be authorized to take part in proceedings on applications such as this. It is reasonable to assume that there will be cases of particular interest to the public in which many people will want to participate, if only to have access to the evidence they would need in order to take part, which would not otherwise be available to them. The people wanting to participate might therefore include not only media representatives, but also

la question de la qualité pour agir relevaient également du pouvoir discrétionnaire du juge, exercé de la façon susmentionnée.

152 À mon avis, la même démarche doit être suivie pour résoudre les problèmes qui se soulèvent en l'espèce. La législation de la Colombie-Britannique paraît silencieuse quant aux règles de procédure devant être suivies en matière de demande d'extradition. Au contraire, le législateur fédéral a prévu, à l'art. 24 de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, que le juge qui procède à l'audition de la demande d'extradition est investi, sous réserve des autres dispositions de cette loi, des mêmes pouvoirs qu'un juge de paix agissant en vertu de la partie XVIII du *Code criminel* portant sur l'enquête préliminaire. L'alinéa 537(1)*i*) du *Code criminel* confère pour sa part au juge de paix tenant une enquête préliminaire le pouvoir de « régler le cours de l'enquête de toute manière qui lui paraît désirable et qui n'est pas incompatible avec la présente loi ». J'en déduis que le juge d'extradition, qui est coutumièrement un juge d'une cour supérieure, possède le pouvoir de régler le cours de l'audition de la demande d'extradition de toute manière qui lui paraît désirable et qui n'est pas incompatible avec le *Code criminel* ou la *Loi sur l'extradition*. À mon avis, ce pouvoir comprend notamment celui d'inviter des parties intéressées à participer aux débats portant sur un incident de la demande d'extradition judiciaire. Le juge dispose d'une certaine latitude quant aux modalités de cette invitation, pourvu que celles-ci favorisent le bon déroulement de l'audience. Dans ce contexte, le juge d'extradition était, en l'espèce, en droit de choisir les avocats des médias qu'il voulait inviter à intervenir aux débats sur la requête pour huis clos.

153 D'ailleurs, il sera souvent inévitable que le juge choisisse qui pourra participer aux débats sur ce genre de requête. On peut raisonnablement penser que, dans certaines affaires intéressant particulièrement le public, un très grand nombre de personnes voudront intervenir, ne serait-ce que pour avoir accès à la preuve qui est nécessaire à leur participation et qui leur serait autrement inaccessible. Il pourrait alors se trouver parmi celles-ci, non seulement des représentants des médias, mais aussi

ordinary citizens. (At any rate, it must be acknowledged that it is becoming increasingly difficult to distinguish the two in this age of electronic media and the "blogosphere".) In such circumstances, it will generally be impossible to permit all these people to participate in the proceeding in light of the fact that judicial resources are limited and of the physical and legal framework of court proceedings. The judge will then have to decide who will be authorized to make submissions and therefore will not be able to avoid making choices, which will at times be problematic. In other words, the judge will often not be able to avoid these problematic choices. It consequently makes little difference whether they are made before or after the invitation. This seems to me to be particularly obvious in a case such as the one at bar, in which, after extending the invitation, the extradition judge still had to determine which media outlets and which lawyers would be able to give reliable undertakings of confidentiality.

154 The problem of an advantage being conferred upon certain media outlets is more apparent than real. It should not be forgotten that the information obtained by the media outlets in order to take part in the proceeding on the *in camera* application is, in practice, of no use to them in that it cannot be published until judgment is rendered on the issue. But if the judgment is favourable to the media, it will also be favourable to the general public, and the benefit will therefore not be limited to the media outlets chosen to participate in the proceeding. While it is true that the selected media outlets are in theory favoured over the others, in practice, being selected gives them no tangible advantage. No basis for interfering with this aspect of the decision under appeal has therefore been established.

V. Role of the *Amicus Curiae*

155 My colleague considers that the extradition judge erred in law in appointing an *amicus curiae* to assist him with the analysis of both the facts and the applicable law. In my colleague's view, although the extradition judge did have the power to appoint an *amicus curiae*, he should nevertheless have limited the role of the *amicus* to an analysis of

de simples citoyens. (De toute façon, il faut bien reconnaître qu'il devient de plus en plus difficile de distinguer les deux à l'heure des médias électroniques et de la « blogosphère ».) Dans de telles circonstances, il deviendra généralement impossible de permettre à toutes ces personnes d'intervenir dans les débats judiciaires compte tenu des limites des ressources judiciaires et du cadre matériel et juridique des débats devant les tribunaux. Il sera alors nécessaire que le juge décide qui pourra présenter des observations et il ne pourra alors éviter d'avoir à faire des choix parfois problématiques. En d'autres mots, souvent le juge ne pourra pas éviter ces choix problématiques. Il importe dès lors peu que les choix se fassent avant ou après l'invitation. Cela m'apparaît particulièrement évident dans un cas comme la présente espèce où le juge d'extradition devait encore, après l'invitation, déterminer quels médias et quels avocats seraient en mesure de fournir des engagements de confidentialité dignes de confiance.

Par ailleurs, le problème de l'avantage conféré à certains médias s'avère plus apparent que réel. En effet, il ne faut pas oublier que l'information obtenue par les médias afin de participer aux débats sur la requête pour huis clos reste, en pratique, inutile, dans la mesure où elle ne peut être publiée jusqu'au jugement sur la question. Or, si le jugement est favorable aux médias, il le devient à l'égard du public en général, et il ne profite donc pas seulement aux médias qui ont été choisis pour participer aux débats. S'il est vrai que les médias choisis sont, en théorie, favorisés par rapport aux autres, en pratique ce choix ne leur donne aucun avantage concret. Aucune raison d'intervenir quant à cet aspect de la décision dont appel n'a donc été établie.

V. Le rôle de l'*amicus curiae*

Mon collègue estime que le juge d'extradition a commis une erreur de droit en nommant un *amicus curiae* pour l'assister tant au niveau de l'analyse des faits que du droit applicable. Selon lui, s'il avait bel et bien le pouvoir de nommer un *amicus curiae*, le juge d'extradition aurait néanmoins dû limiter son rôle à l'analyse des faits du dossier. À mon avis,

the facts in the record. In my opinion, no legal rule limited in this way the extradition judge's power to appoint an *amicus curiae* and give the *amicus* what he considered the most appropriate terms of reference. As has already been mentioned, an extradition judge has the power to regulate the course of the extradition hearing in any way that appears to him or her to be consistent with the *Criminal Code* and the *Extradition Act*. Moreover, my colleague's position appears to me to be contrary to the well-established practice of allowing an *amicus curiae* to be appointed to assist a court with both the legal and factual aspects of a case. In this Court, the role played by the *amicus curiae* in the *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, is an obvious example of a case in which an *amicus curiae* was appointed to make submissions solely on questions of law. There have been other cases in which this Court has appointed an *amicus curiae* to provide assistance with respect to both facts and law (see *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854 (in which the Court appointed an *amicus curiae* to present arguments against the Commission's jurisdiction); *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418 (in which the Court appointed an *amicus curiae* to make submissions with regard to s. 1 of the *Charter*); and *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724 (in which the Court appointed an *amicus curiae* because the respondents had declined to take part in the appeal)).

aucune règle de droit ne limitait de cette façon le pouvoir du juge d'extradition de nommer un *amicus curiae* et de lui conférer le mandat qu'il jugeait le plus utile. Comme on l'a vu plus haut, le juge d'extradition a le pouvoir de régler le cours de l'audition de la demande d'extradition de toute manière qui lui paraît nécessaire dans le respect du cadre défini par le *Code criminel* ou la *Loi sur l'extradition*. Par ailleurs, la position de mon collègue me semble contraire à la pratique bien établie selon laquelle un *amicus curiae* peut être nommé afin d'assister le tribunal tant sur les aspects juridiques que sur les aspects factuels de l'affaire. Devant notre Cour, le rôle joué par l'*amicus curiae* dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, représente un exemple clair d'une affaire où un *amicus curiae* avait été nommé pour soumettre des observations uniquement sur des questions juridiques. On retrouve d'autres cas où notre Cour a nommé un *amicus curiae* pour l'assister tant à l'égard des faits que du droit (voir *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854 (où notre Cour a nommé un *amicus curiae* afin qu'il présente des arguments militant contre l'existence de la compétence de la Commission); *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418 (où la Cour a nommé un *amicus curiae* pour présenter des arguments à l'égard de l'article premier de la *Charte*), et *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724 (où notre Cour a nommé un *amicus curiae* parce que les intimées ont refusé de prendre part à l'appel)).

VI. Conclusion

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order under appeal, and remand the case to the extradition judge to decide what information may be disclosed to media counsel and the media representatives in accordance with the legal principles set out above.

Appeal allowed, LEBEL J. *dissenting in part.*

Solicitors for the appellant Named Person: Donaldson Jetté, Vancouver.

VI. Conclusion

Pour ces raisons, j'accueillerais l'appel, j'annulerais l'ordonnance dont appel et je renverrais le dossier au juge d'extradition pour qu'il décide quelles informations peuvent être communiquées aux avocats des médias et aux représentants des médias en conformité avec les principes juridiques énoncés dans les présents motifs. 156

Pourvoi accueilli, le juge LEBEL *est dissident en partie.*

Procureurs de l'appelante la personne désignée : Donaldson Jetté, Vancouver.

Solicitor for the appellant the Attorney General of Canada: Department of Justice, Vancouver.

Solicitors for the respondents The Vancouver Sun, The Province and BCTV: Ferris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondent the Canadian Broadcasting Corporation: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the respondent CTV, a Division of Bell Globemedia Inc.: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Law Society of British Columbia: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureur de l'appelant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Vancouver.

Procureurs des intimés The Vancouver Sun, The Province et BCTV : Ferris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intimée la Société Radio-Canada : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intimée CTV, une division de Bell Globemedia Inc. : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Law Society of British Columbia : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Douglas Kerr, S. Grace Kerr and James Frederick Durst *Appellants*

v.

Danier Leather Inc., Jeffrey Wortsman and Bryan Tatoff *Respondents*

and

Ontario Securities Commission *Intervener*

INDEXED AS: KERR *v.* DANIER LEATHER INC.

Neutral citation: 2007 SCC 44.

File No.: 31321.

2007: March 20; 2007: October 12.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Commercial law — Securities — Prospectus misrepresentation — Company's prospectus projecting results for fourth quarter — Intra-quarterly results lagged behind projection after prospectus filed and before public offering closed — Intra-quarterly results not disclosed — Whether s. 130(1) of Securities Act requires company to disclose "material facts" arising after prospectus filed — Whether change in company's results amounted to "material change" requiring disclosure — Whether forecast contained implied representation of objective reasonableness — Whether Business Judgment Rule has any application to disclosure requirements of Securities Act — Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 1, 57(1), 130(1).

Danier made an initial public offering of its shares through a prospectus. The prospectus contained a forecast that included Danier's projected results for the fourth quarter of the fiscal year. An internal company analysis prepared before its public offering closed showed

Douglas Kerr, S. Grace Kerr et James Frederick Durst *Appelants*

c.

Danier Leather Inc., Jeffrey Wortsman et Bryan Tatoff *Intimés*

et

Commission des valeurs mobilières de l'Ontario *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : KERR *c.* DANIER LEATHER INC.

Référence neutre : 2007 CSC 44.

N° du greffe : 31321.

2007 : 20 mars; 2007 : 12 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Droit commercial — Valeurs mobilières — Présentation inexacte des faits dans un prospectus — Prospectus d'une société contenant des prévisions de résultats pour le quatrième trimestre — Résultats intratrimestriels se révélant inférieurs aux prévisions après le dépôt du prospectus et avant la clôture de l'appel public à l'épargne — Résultats intratrimestriels non divulgués — L'article 130(1) de la Loi sur les valeurs mobilières oblige-t-il la société à divulguer les « faits importants » survenus après le dépôt du prospectus? — Le changement dans les résultats de la société constituait-il un « changement important » devant être divulgué? — Les prévisions comportaient-elles une déclaration implicite de caractère objectivement raisonnable? — La règle de l'appréciation commerciale s'applique-t-elle aux exigences de divulgation de la Loi sur les valeurs mobilières? — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 1, 57(1), 130(1).

Danier a lancé un premier appel public à l'épargne par voie de prospectus. Le prospectus renfermait des prévisions, dont les résultats prévus pour le quatrième trimestre de l'exercice de Danier. Une analyse interne de la société, préparée avant la clôture de son appel public

that Danier's fourth quarter results were lagging behind its forecast. Danier did not disclose its intra-quarterly results before closing. The appellants therefore brought a class proceeding for prospectus misrepresentation under s. 130(1) of the Ontario *Securities Act*. The trial judge found Danier liable for statutory misrepresentation. He concluded that the prospectus impliedly represented that the forecast was objectively reasonable, both on the date the prospectus was filed and on the date the public offering closed. The poor fourth quarter results were material facts required by s. 130(1) to be disclosed before closing. The implied representation that the forecast was objectively reasonable, though true on the date the prospectus was filed, was false on the closing date. The Court of Appeal, however, reversed the trial judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

The *Securities Act* is remedial legislation and is to be given a broad interpretation. It protects investors from the risks of an unregulated market, and by its assurance of fair dealing and by the promotion of the integrity and efficiency of capital markets it enhances the pool of capital available to entrepreneurs. The Act supplants the "buyer beware" mind set of the common law with compelled disclosure of relevant information. At the same time, in compelling disclosure, the Act recognizes the burden it places on issuers and sets the limits on what is required to be disclosed. When a prospectus is accurate at the time of filing, s. 57(1) of the Act limits the obligation of post-filing disclosure to notice of a "material change", which the Act defines in s. 1 as "a change in the business, operations or capital of the issuer that would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of any of the securities of the issuer". An issuer has no similar express obligation to amend a prospectus or to publicize and file a report for the modification of material facts occurring after a receipt for a prospectus is obtained that do not amount to a "material change" within the meaning of the Act. A "material fact" is defined in the Act more broadly than a "material change" and includes "a fact that significantly affects, or would reasonably be expected to have a significant effect on, the market price or value of . . . securities". A change in intra-quarterly results is not itself a change in the issuer's business, operations or capital and, for that matter, does not necessarily signal that a material change has occurred. Sales often fluctuate (as here) in response to factors that are external to the issuer. The trial judge rightly found that Danier

à l'épargne, a démontré que les résultats du quatrième trimestre de Danier étaient inférieurs à ses prévisions. Danier n'a pas divulgué ses résultats intratrimestriels avant la clôture. Les appelants ont donc intenté un recours collectif pour présentation inexacte des faits dans un prospectus, en application du par. 130(1) de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario. Le juge de première instance a tenu Danier civilement responsable de présentation inexacte des faits au sens de la Loi. Il a conclu que le prospectus déclarait implicitement que les prévisions étaient objectivement raisonnables, à la fois à la date de dépôt du prospectus et à la date de clôture de l'appel public à l'épargne. Les piètres résultats du quatrième trimestre constituaient des faits importants qui, aux termes du par. 130(1), devaient être divulgués avant la clôture. Bien qu'elle ait été vraie à la date de dépôt du prospectus, la déclaration implicite que les prévisions étaient objectivement raisonnables était fausse à la date de clôture. La Cour d'appel a toutefois infirmé le jugement de première instance.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La *Loi sur les valeurs mobilières* est une mesure législative corrective et doit recevoir une interprétation large. Elle protège les investisseurs contre les risques d'un marché non réglementé et, en assurant le caractère équitable des opérations et en favorisant l'intégrité et l'efficience des marchés financiers, elle accroît la disponibilité de capitaux pour les chefs d'entreprise. Cette loi supplante la mentalité existant en common law selon laquelle « l'acheteur doit prendre garde », en prescrivant la divulgation des renseignements pertinents. Du même coup, elle reconnaît le fardeau que l'obligation de divulguer impose aux émetteurs et établit les limites de ce qui doit être divulgué. Lorsqu'un prospectus est exact au moment de son dépôt, le par. 57(1) de la Loi limite l'obligation de divulguer après le dépôt à un avis de « changement important » qui, à l'art. 1 de la Loi, est défini comme étant « un changement dans [l]es activités commerciales, [l']exploitation ou [le] capital [d'un émetteur], s'il est raisonnable de s'attendre à ce que ce changement ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des valeurs mobilières de cet émetteur ». L'émetteur n'a aucune obligation expresse similaire de modifier son prospectus ni de diffuser et déposer un rapport faisant état d'un changement de faits importants qui est survenu après que l'on a accusé réception du prospectus, mais qui ne constitue pas un « changement important » au sens de la Loi. La Loi définit l'expression « fait important » de façon plus large que l'expression « changement important », en ce sens qu'elle s'entend « d'un fait qui a un effet significatif sur le cours ou la valeur de [. . .] valeurs mobilières ou dont il est raisonnable de s'attendre qu'il aura cet effet ». Un changement dans les résultats intratrimestriels ne constitue pas

experienced no material change. Consequently, no further disclosure was required and there was no breach of s. 57(1). [32] [35] [46] [48]

If an issuer has fully complied with its regulatory obligation under s. 57(1), it would be contrary to the scheme of the Act, and to the intent of the Ontario legislature reflected therein, to find civil liability against an issuer under s. 130(1) for failing to disclose post-filing information that does not amount to a material change. Imposition of civil liability under s. 130(1) for an omission to do what the legislature as a matter of policy has declined to require in s. 57(1) would simply be to substitute the court's view of policy for that adopted by the legislature. The distinction between "material change" and "material fact" is deliberate and policy-based. Of course, if a material change arises during the period of distribution, failure to disclose this change as required by s. 57(1) could support an action under s. 130(1). In the case at bar, however, the trial judge found that the intra-quarterly results did not amount to a material change. [38-39] [43]

The trial judge, having also found the forecast to be objectively reasonable as of the filing date, erred in proceeding to test the objective reasonableness of the forecast at the date of closing, and assessing damages for its perceived deficiencies as of that later date. The forecast did carry an implied representation of objective reasonableness rooted in the language of the prospectus, but this implied representation extended only until the prospectus was filed. [49] [51]

While forecasting is a matter of business judgment, disclosure is a matter of legal obligation. The Business Judgment Rule is a concept well developed in the context of business decisions but should not be used to qualify or undermine the duty of disclosure. The disclosure requirements under the Act are not to be subordinated to the exercise of business judgment. It is for the legislature and the courts, not business management, to set the legal disclosure requirements. The traditional

en soi un changement dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital de l'émetteur et, du reste, n'indique pas nécessairement qu'un changement important s'est produit. Les ventes fluctuent souvent (comme c'est le cas en l'espèce) en raison de facteurs n'ayant rien à voir avec l'émetteur. Le juge de première instance a eu raison de conclure que Danier n'a subi aucun changement important. Par conséquent, aucune divulgation supplémentaire n'était requise et le par. 57(1) n'était pas enfreint. [32] [35] [46] [48]

Si un émetteur s'est conformé pleinement à l'exigence réglementaire du par. 57(1), il serait contraire à l'esprit de la Loi, ainsi qu'à l'intention du législateur ontarien qui en ressort, de tenir cet émetteur civilement responsable en application du par. 130(1) pour avoir omis de divulguer des données ultérieures au dépôt qui ne constituent pas un changement important. Imposer la responsabilité civile prévue au par. 130(1) pour avoir omis de faire ce que le législateur a, pour des raisons de politique générale, refusé d'exiger au par. 57(1) reviendrait simplement à substituer le point de vue de la cour à celui que le législateur a adopté en matière de politique générale. La distinction entre « changement important » et « fait important » est délibérée et fondée sur une politique générale. Naturellement, si un changement important survient pendant la période de placement, l'omission de divulguer ce changement conformément au par. 57(1) pourrait justifier une action fondée sur le par. 130(1). En l'espèce, toutefois, le juge de première instance a conclu que les résultats intra-trimestriels ne constituaient pas un changement important. [38-39] [43]

Après avoir également conclu que les prévisions étaient objectivement raisonnables à la date du dépôt, le juge de première instance a commis une erreur en vérifiant le caractère objectivement raisonnable des prévisions à la date de clôture et en évaluant les dommages-intérêts pour leurs lacunes apparentes à cette date ultérieure. Les prévisions comportaient une déclaration implicite de caractère objectivement raisonnable enracinée dans le libellé du prospectus, mais cette déclaration implicite s'appliquait seulement jusqu'au moment où le prospectus a été déposé. [49] [51]

Bien que les prévisions soient une question d'appréciation commerciale, la divulgation est une question d'obligation légale. La règle de l'appréciation commerciale est une notion bien établie dans le contexte des décisions d'affaires, mais elle ne doit pas servir à atténuer ou à miner l'obligation de divulgation. Les exigences de divulgation de la Loi ne doivent pas être subordonnées à l'appréciation commerciale. Il appartient au législateur et aux tribunaux, et non aux dirigeants d'entreprises,

justifications for the rule are that judges are less expert than managers in making business decisions. Moreover, business decisions often involve choosing from amongst a range of alternatives. In order to maximize returns for shareholders, managers should be free to take reasonable risks without having to worry that their business choices will later be second-guessed by judges. These justifications — based on relative expertise, and on the need to support reasonable risk-taking — do not apply to disclosure decisions. [54-55] [58]

Finally, the appellant D submitted that even if the appeal is unsuccessful no costs should be awarded against him having regard to s. 31(1) of the *Class Proceedings Act, 1992*. However, there is no error in principle that would justify intervening in the discretionary costs order made against D by the Court of Appeal. Class actions have become a staple of shareholder litigation. This case is a piece of Bay Street litigation that was well run and well financed on both sides. Success would have reaped substantial rewards for the representative plaintiff and his counsel. The proper interpretation of s. 130(1) of the *Securities Act* has from the outset been the time bomb ticking under this case. The respondents attempted to have this issue determined in their favour on a motion for summary judgment heard in December 2000 but were unsuccessful. The result was a very expensive piece of shareholder litigation. There is no magic in the form of a class action proceeding that should in this case deprive the respondents of their costs. The language of s. 31(1) is permissive. [60] [66] [69]

Cases Cited

Referred to: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Shaw v. Digital Equipment Corp.*, 82 F.3d 1194 (1996); *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177; *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, [2004] 3 S.C.R. 461, 2004 SCC 68; *Re Anderson, Clayton Shareholders' Litigation*, 519 A.2d 669 (1986); *Gariepy v. Shell Oil Co.* (2002), 23 C.P.C. (5th) 393, aff'd [2004] O.J. No. 5309 (QL); *Moyes v. Fortune Financial Corp.* (2002), 61 O.R. (3d) 770.

d'établir les exigences juridiques en matière de divulgation. Les justifications traditionnelles de la règle veulent que les juges s'y connaissent moins que les directeurs pour prendre des décisions d'affaires. En outre, les décisions d'affaires comportent souvent un choix parmi une gamme de solutions. Pour maximiser le rendement des actions, les directeurs doivent être libres de prendre des risques raisonnables sans craindre que les tribunaux remettent par la suite en question les choix qu'ils ont faits sur le plan commercial. Ces justifications — fondées sur l'expertise relative et sur la nécessité de favoriser la prise de risques raisonnables — ne s'appliquent pas aux décisions en matière de divulgation. [54-55] [58]

Enfin, l'appelant D a fait valoir que, même si le pourvoi est rejeté, il ne devrait pas être condamné aux dépens compte tenu du par. 31(1) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*. Cependant, il n'y a aucune erreur de principe qui puisse justifier à modifier l'ordonnance discrétionnaire relative aux dépens que la Cour d'appel a rendue contre D. Les recours collectifs occupent désormais une place importante dans les litiges d'actionnaires. La présente affaire constitue un litige boursier (Bay Street) qui a été bien géré et bien financé de part et d'autre. Le représentant des demandeurs et son avocat auraient récolté gros s'ils avaient eu gain de cause. L'interprétation correcte du par. 130(1) de la *Loi sur les valeurs mobilières* constitue depuis le début la bombe à retardement qui risque de faire voler en éclats la thèse du représentant des demandeurs. Les intimés ont tenté en vain de faire trancher la question en leur faveur au moyen d'une motion visant à obtenir un jugement sommaire qui a été entendue en décembre 2000. Il en est résulté un litige d'actionnaires très coûteux. Il n'y a rien de magique dans la forme du recours collectif qui, en l'espèce, devrait priver les intimés de leurs dépens. Le libellé du par. 31(1) est de nature facultative. [60] [66] [69]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Shaw c. Digital Equipment Corp.*, 82 F.3d 1194 (1996); *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177; *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68; *Re Anderson, Clayton Shareholders' Litigation*, 519 A.2d 669 (1986); *Gariepy c. Shell Oil Co.* (2002), 23 C.P.C. (5th) 393, conf. par [2004] O.J. No. 5309 (QL); *Moyes c. Fortune Financial Corp.* (2002), 61 O.R. (3d) 770.

Statutes and Regulations Cited

Budget Measures Act (Fall), 2004, S.O. 2004, c. 31, Sched. 34, s. 6.
Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 31.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 131.
Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 1 "material change", "material fact", "misrepresentation", 3.9, 56, 57, 58, 130, 138.1.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.

Authors Cited

Ontario. Ministry of Finance. Five Year Review Committee. *Five Year Review Committee Final Report: Reviewing the Securities Act (Ontario)*. Toronto: Ministry of Finance, 2003.
Ontario Securities Commission. OSC Bulletin, vol. 6 #22/83, "Consolidation of Remarks of Peter J. Dey Concerning Disclosure Under the Securities Act Made to Securities Lawyers in Calgary and Toronto on June 7 and 9", p. 2361, August 5, 1983.
Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed., vol. I. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated November 2006).
Toronto Stock Exchange. Committee on Corporate Disclosure. *Final Report: Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance*, 1997.
Underwood, Harry, and René Sorell. "Danier Leather Inc. and the Duty to Update a Prospectus" (2006), 43 *Can. Bus. L.J.* 134.
Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Goudge and Blair JJ.A.) (2005), 77 O.R. (3d) 321, 261 D.L.R. (4th) 400, 205 O.A.C. 313, 11 B.L.R. (4th) 1, [2005] O.J. No. 5388 (QL), reversing a judgment of Lederman J. (2004), 46 B.L.R. (3d) 167, 23 C.C.L.T. (3d) 77, [2004] O.J. No. 1916 (QL). Appeal dismissed.

George S. Glezos, *Peter R. Jervis*, *Karen W. Kiang* and *Jasmine T. Akbarali*, for the appellants.

Alan J. Lenczner, Q.C., and *Jaan Lilles*, for the respondent Danier Leather Inc.

Benjamin Zarnett and *Jessica Kimmel*, for the respondents Jeffrey Wortsman and Bryan Tatoff.

Lois et règlements cités

Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 31.
Loi de 2004 sur les mesures budgétaires (automne), L.O. 2004, ch. 31, ann. 34, art. 6.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 131.
Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 1 « changement important », « fait important », « présentation inexacte des faits », 3.9, 56, 57, 58, 130, 138.1.

Doctrine citée

Ontario. Ministère des Finances. Comité d'étude de cinq ans. *Rapport final du Comité d'étude de cinq ans : Examen de la Loi sur les valeurs mobilières (Ontario)*. Toronto : Ministère des Finances, 2003.
Ontario Securities Commission. OSC Bulletin, vol. 6 #22/83, « Consolidation of Remarks of Peter J. Dey Concerning Disclosure Under the Securities Act Made to Securities Lawyers in Calgary and Toronto on June 7 and 9 », p. 2361, August 5, 1983.
Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed., vol. I. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated November 2006).
Toronto Stock Exchange. Committee on Corporate Disclosure. *Final Report : Responsible Corporate Disclosure : A Search for Balance*, 1997.
Underwood, Harry, and René Sorell. « Danier Leather Inc. and the Duty to Update a Prospectus » (2006), 43 *Rev. can. dr. comm.* 134.
Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto : Canada Law Book, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Goudge et Blair) (2005), 77 O.R. (3d) 321, 261 D.L.R. (4th) 400, 205 O.A.C. 313, 11 B.L.R. (4th) 1, [2005] O.J. No. 5388 (QL), qui a infirmé un jugement du juge Lederman (2004), 46 B.L.R. (3d) 167, 23 C.C.L.T. (3d) 77, [2004] O.J. No. 1916 (QL). Pourvoi rejeté.

George S. Glezos, *Peter R. Jervis*, *Karen W. Kiang* et *Jasmine T. Akbarali*, pour les appelants.

Alan J. Lenczner, c.r., et *Jaan Lilles*, pour l'intimée Danier Leather Inc.

Benjamin Zarnett et *Jessica Kimmel*, pour les intimés Jeffrey Wortsman et Bryan Tatoff.

Kelley McKinnon and *Jane Waechter*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. —

I. Introduction

1 This appeal raises questions about the continuous disclosure obligations of an issuer seeking to sell its shares to the public by a prospectus governed by the Ontario *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5. Purchasers under a prospectus are given a statutory right of action if the prospectus or any amendment contains a misrepresentation against the issuer and officers of the issuer who signed the prospectus.

2 The genesis of this case was the unseasonably warm weather in the spring of 1998 across central and eastern Canada. It coincided with Danier's first ever offering of its shares to the public. Not surprisingly, hot weather resulted in lower than expected sales of leather garments at Danier's stores and put at risk achievement of the end of year (June 27) sales forecast contained in its prospectus. When Danier management analysed the intra-quarterly results as of May 16, 1998, it concluded that the year-end forecast could and would still be met. The trial judge found that this assessment was made in good faith. The Initial Public Offering ("IPO") closed on May 20, 1998, about half-way through the fourth quarter of the company's 1998 fiscal year.

3 The trial judge held that even though management honestly believed the year-end forecast would be met, its belief became objectively unreasonable in a narrow window of time during the course of the distribution when it became aware of a shortfall in

Kelley McKinnon et *Jane Waechter*, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur des questions touchant les obligations de divulgation continue incombant à l'émetteur qui lance un appel public à l'épargne par voie de prospectus régi par la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. S.5. La Loi confère aux acheteurs d'actions offertes par prospectus un droit d'action contre l'émetteur et les dirigeants de l'émetteur ayant signé le prospectus, s'il y a présentation inexacte des faits dans ce prospectus ou les modifications qui y sont apportées.

La présente affaire a pris naissance en raison du temps exceptionnellement doux que le centre et l'est du Canada ont connu au printemps 1998. Cette période a coïncidé avec le premier appel public à l'épargne jamais lancé par Danier. Comme on pouvait s'y attendre, le temps chaud a causé un ralentissement des ventes de vêtements en cuir escomptées dans les magasins Danier et a compromis la réalisation des prévisions de ventes en fin d'exercice (le 27 juin) dont faisait état le prospectus. Lorsqu'elle a analysé les résultats intratrimestriels en date du 16 mai 1998, la direction de Danier a jugé que les prévisions de fin d'exercice pouvaient toujours être réalisées et seraient réalisées. Le juge de première instance a conclu que ce jugement avait été porté de bonne foi. La clôture du premier appel public à l'épargne (« PAPE ») a eu lieu le 20 mai 1998, vers la moitié du quatrième trimestre de l'exercice 1998 de la société.

Selon le juge de première instance, même si la direction croyait sincèrement que les prévisions de fin d'exercice se réaliseraient, cette croyance était devenue objectivement déraisonnable pendant un bref moment, durant le placement, lorsqu'elle a pris

expected sales, and at that point the company had a duty to disclose this downturn before closing. Even though the issuer did substantially achieve the forecasted sales on June 27, as management had predicted, its lapse of judgment in failing to amend the prospectus with updated sales information (intra-quarterly results) prior to the closing constituted, he held, actionable misrepresentation.

connaissance d'un ralentissement dans les ventes escomptées, et la société était alors tenue de divulguer ce ralentissement avant la clôture. Bien que l'émetteur ait en grande partie réalisé ses prévisions de ventes le 27 juin, comme l'avait prédit la direction, l'erreur de jugement qu'il a commise en omettant de modifier le prospectus et de mettre à jour les données sur les ventes (résultats intratrimestriels) avant la clôture constituait, de l'avis du juge de première instance, une présentation inexacte des faits donnant ouverture à action.

However, the trial judge also found that the issuer had complied with all of the regulatory requirements of Part XV (ss. 56 to 58) of the Act governing the contents of its prospectus. In essence, the legal question is whether a compliant issuer can be held civilly liable for statutory misrepresentation for failing to update its prospectus with information that comes to light during the period of distribution (i.e., after the prospectus was filed on May 6, 1998 but prior to closing) to correct a statement that was correct when made but which has become misleading. More succinctly, is compliance with the regulatory demands of ss. 56 to 58 a shield against an action for statutory misrepresentation under s. 130(1)?

4 Toutefois, le juge de première instance a aussi conclu que l'émetteur avait satisfait à toutes les exigences réglementaires de la partie XV (art. 56 à 58) de la Loi régissant le contenu de son prospectus. Essentiellement, la question de droit est de savoir si l'émetteur qui s'est conformé à ces exigences peut être tenu civilement responsable de présentation inexacte des faits au sens de la Loi pour avoir omis d'insérer dans son prospectus les données apparues au cours de la période de placement — c'est-à-dire après le dépôt du prospectus, le 6 mai 1998, mais avant la clôture — de manière à rectifier une déclaration qui était exacte au moment où elle a été faite, mais qui est devenue par la suite trompeuse. Bref, le respect des exigences réglementaires des art. 56 à 58 constitue-t-il une protection contre une action pour présentation inexacte des faits fondée sur le par. 130(1)?

The Court of Appeal answered this question in the affirmative, holding that the trial judge had misinterpreted the disclosure requirements of the *Securities Act*. In my view, the Court of Appeal is correct. Although disclosure lies at the heart of an effective securities regime, the extent of the disclosure is a matter of legislative policy. Balancing the needs of the investor community against the burden imposed on issuers, the Ontario legislature adopted a policy governing the continuous disclosure requirements of an issuer that drew the line at "material change" in the "business, operations or capital of the issuer" (s. 1). The trial judge found that the temporary slump in sales implicated none of these things. Given that finding, and given the trial judge's further finding that Danier's prospectus did *not* contain a misrepresentation on the date

5 La Cour d'appel a répondu à cette question par l'affirmative, jugeant que le juge de première instance avait mal interprété les exigences de divulgation de la *Loi sur les valeurs mobilières*. À mon avis, la Cour d'appel avait raison. Bien que la divulgation soit la clé d'un régime efficace de réglementation des valeurs mobilières, l'étendue de cette divulgation est une question de politique législative. En mettant en équilibre les besoins du milieu des investisseurs et le fardeau incombant aux émetteurs, le législateur ontarien a adopté une politique imposant à l'émetteur l'obligation continue de divulguer tout « changement important » dans « ses activités commerciales, son exploitation ou son capital » (art. 1). Le juge de première instance a conclu que le ralentissement temporaire des ventes ne constituait rien de tel. Vu cette conclusion, et compte tenu

of filing (May 6), the class action was rightly dismissed.

II. Overview

6 The warm days of spring are not a blessing for everyone, it seems. As temperatures rise, the sales of leather clothing can lag even in otherwise prospering leather goods retail stores. The downturn in sales may simply reflect the weather and indicate nothing negative about the strength of the underlying business, as turned out to be the case here. Nevertheless, about two weeks *after* closing, the respondents did issue a revised forecast indicating that Danier would fall short of the sales and net income figures in the original forecast. Danier's share price dropped by about 22 percent. It took until August 2000 for the shares to get back to their issue price. By then, Danier's business had grown substantially.

7 A number of purchasers had sold their new shares soon after the announcement and lost money. The appellants then initiated a class action against the respondents for failure to disclose material information, i.e., the disappointing intra-quarterly results. They argued that the prospectus contained a misrepresentation on the closing date (May 20), because even though the year-end sales forecast was reasonable on the filing date (May 6), lagging sales thereafter rendered it misleading to management's knowledge at the date of closing. The respondents, they argued, "omi[tted] to state a material fact [i.e., lagging sales] that is . . . necessary to make a statement [i.e., the sales forecast in the prospectus] not misleading in the light of the circumstances in which it was made", and this constituted an actionable misrepresentation within the meaning of ss. 1 and 130 of the Act.

de l'autre conclusion du juge de première instance selon laquelle le prospectus de Danier *ne* comportait *aucune* présentation inexacte des faits à la date du dépôt (le 6 mai), le recours collectif a été rejeté à juste titre.

II. Aperçu

Il semble que la douceur printanière ne fait pas le bonheur de tous. À mesure que la température monte, les ventes de vêtements en cuir peuvent accuser un retard même dans les magasins d'articles en cuir par ailleurs prospères. Le ralentissement des ventes peut être dû simplement au temps, sans indiquer quoi que ce soit de négatif au sujet de la solidité de l'entreprise qui le subit, comme cela a été le cas en l'espèce. Environ deux semaines *après* la clôture, les intimés ont néanmoins publié de nouvelles prévisions indiquant que Danier ne réaliserait pas les ventes et le revenu net prévus initialement. Le prix de l'action de Danier a alors chuté d'environ 22 pour 100 et n'est revenu à son niveau initial qu'en août 2000. L'entreprise de Danier avait alors connu une croissance importante.

Un certain nombre d'acheteurs avaient vendu leurs nouvelles actions peu de temps après l'annonce et avaient perdu de l'argent. Les appelants ont alors intenté un recours collectif contre les intimés pour omission de divulguer des renseignements importants, c'est-à-dire les résultats intratrimestriels décevants. Ils ont soutenu que le prospectus présentait des faits de façon inexacte à la date de clôture (le 20 mai) parce que, même si les prévisions de ventes en fin d'exercice étaient raisonnables à la date du dépôt (le 6 mai), le retard survenu par la suite dans les ventes les rendait trompeuses à la date de clôture, et ce, à la connaissance de la direction. Selon les appelants, les intimés auraient [TRADUCTION] « omi[s] de relater un fait important (c'est-à-dire le retard dans les ventes) dont la déclaration est [. . .] nécessaire pour que la déclaration (c'est-à-dire les prévisions de ventes dans le prospectus) ne soit pas trompeuse eu égard aux circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite », ce qui constituait une présentation inexacte des faits donnant ouverture à action au sens des art. 1 et 130 de la Loi.

The respondents reply, in essence, that they fully complied with their regulatory obligations. The legislature cannot have intended to punish under s. 130(1) what it has permitted under s. 57(1). Moreover, they say a sales forecast is not a "fact" but reflects the opinions of management, and such opinions when held in good faith (as here) are protected by the Business Judgment Rule. The issues were thus joined.

III. Facts

Danier designs, manufactures and sells leather clothing and accessories. In 1998, it had 55 retail stores in various cities across Canada and operated two manufacturing plants. At the relevant time, the respondent Jeffrey Wortsman was a director and the President and Chief Executive Officer of Danier. The respondent Bryan Tatoff was its Chief Financial Officer and Secretary.

In 1997, Danier decided to go public. In preparation for its IPO, Danier filed with the Ontario Securities Commission ("O.S.C."), three preliminary prospectuses, each of which contained a forecast. The forecast in the April 6 preliminary prospectus was dated April 2, 1998, and was included, unchanged, in the (final) prospectus, which was receipted by the O.S.C. on May 6, 1998 (herein "prospectus forecast").

The prospectus forecast is at the centre of this litigation. Danier's 1998 fiscal year ran from June 29, 1997 to June 27, 1998. The prospectus forecast included the company's actual results for the first three quarters, as well as projected results for the fourth quarter (which ran from March 29 to June 27) and projected final results for the 1998 fiscal year. Pursuant to *National Policy 48*, adopted by Canadian securities regulators, this forecast was also accompanied by standard cautionary language advising investors that "[a]ctual results achieved during the forecast period will vary from the forecast results and such variations may be material. There is no guarantee that such forecast will be achieved in whole or in part" (Final Prospectus, at

Les intimés répondent essentiellement qu'ils ont respecté entièrement leurs obligations réglementaires. Le législateur ne peut avoir eu l'intention de punir, en application du par. 130(1), ce qu'il a autorisé au par. 57(1). De plus, disent-ils, les prévisions de ventes ne constituent pas un « fait », mais reflètent l'opinion de la direction, qui, si elle est formée de bonne foi (comme c'est le cas en l'espèce), est protégée par la règle de l'appréciation commerciale. Contestation a donc été liée. 8

III. Faits

Danier conçoit, fabrique et vend des vêtements et articles en cuir. En 1998, elle comptait 55 magasins de détail dans différentes villes canadiennes et exploitait deux usines de confection. À l'époque pertinente, l'intimé Jeffrey Wortsman était administrateur, président et chef de la direction de Danier. L'intimé Bryan Tatoff était chef de la direction des finances et secrétaire de Danier. 9

En 1997, Danier a décidé de lancer un appel public à l'épargne. En préparant son PAPE, elle a déposé auprès de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (« CVMO ») trois prospectus provisoires, dont chacun renfermait des prévisions. Les prévisions du prospectus provisoire du 6 avril étaient datées du 2 avril 1998 et ont été incluses intégralement dans le prospectus (définitif) dont la CVMO a accusé réception le 6 mai 1998 (ci-après les « prévisions du prospectus »). 10

Les prévisions du prospectus sont au cœur du présent litige. L'exercice 1998 de Danier s'étendait du 29 juin 1997 au 27 juin 1998. Les prévisions du prospectus incluaient les résultats réels de la société pour les trois premiers trimestres, ainsi que les résultats prévus pour le quatrième trimestre (qui s'étendait du 29 mars au 27 juin) et les résultats finals prévus pour l'exercice 1998. Conformément à l'*Instruction générale 48* adoptée par les Autorités canadiennes en valeurs mobilières, ces prévisions étaient accompagnées de la mise en garde habituelle informant les investisseurs que « [l]es résultats réels obtenus durant la période prévisionnelle différeront vraisemblablement des résultats prévisionnels et les écarts peuvent être importants. Rien 11

p. 8). The following are the key figures from the prospectus forecast (at p. 27):

The Forecast Figures Contained in the Prospectus

	13 Weeks Ending June 27, 1998 (Projected)	Year Ending June 27, 1998 (Projected)
Revenue	$17,410,000	$90,280,000
Net Earnings (Loss)	($384,000)	$4,500,000

An increase in revenue of $5,000,000 was projected for the 1998 fourth quarter over that of the 1997 fourth quarter. There were four more stores than in fiscal year 1997, the square footage of store floor space had expanded and sales per square foot had increased over the previous year.

12 The IPO was a "bought deal", i.e., fully subscribed by the underwriters, and closed on May 20. Danier sold 6,040,000 subordinated voting shares, priced at $11.25 per share, for total gross proceeds of $67,950,000.

13 During the week before closing, Wortsman asked Tatoff to assemble and analyse the financial results for the first half of the fourth quarter. The underwriters had not requested a due diligence review, but Wortsman thought that this "was the prudent course of action to take" (R.R., at p. 39). Tatoff prepared an analysis as of May 16, and Wortsman admitted that he received the results "certainly before closing" (R.R., at p. 41). These results were worse than the results projected in the store budgets (which were the basis of the sales forecast). In particular, as of May 16, Danier's actual fourth-quarter revenue was 24 percent behind projections. Moreover, the company had as of May 16 posted a fourth-quarter net loss of $240,000 instead of the

ne garantit que ces prévisions se réaliseront, en tout ou en partie » (prospectus définitif, p. 10). Voici les principaux chiffres tirés des prévisions du prospectus (p. 32) :

Prévisions contenues dans le prospectus

	Période de 13 semaines se terminant le 27 juin 1998 (prévisions)	Exercice se terminant le 27 juin 1998 (prévisions)
Revenus	17 410 000 $	90 280 000 $
Bénéfice (perte) net(te)	(384 000 $)	4 500 000 $

Une hausse des revenus de 5 000 000 $ était prévue pour le quatrième trimestre de 1998, par rapport à ceux du quatrième trimestre de 1997. Il y avait quatre magasins de plus que pendant l'exercice 1997, la superficie des magasins avait augmenté et les ventes au pied carré avaient crû par rapport à l'exercice antérieur.

Le PAPE, clos le 20 mai, était une « convention de prise ferme », c'est-à-dire que les preneurs fermes s'étaient engagés à acheter toutes les actions. Danier a vendu 6 040 000 actions à vote subalterne, au prix de 11,25 $ l'unité, réalisant ainsi en tout un produit brut de 67 950 000 $.

Au cours de la semaine ayant précédé la clôture, M. Wortsman a demandé à M. Tatoff de recueillir et d'analyser les résultats financiers de la première moitié du quatrième trimestre. Les preneurs fermes n'avaient demandé aucun contrôle diligent, mais M. Wortsman jugeait que c'était [TRADUCTION] « la chose prudente à faire » (d.i., p. 39). Monsieur Tatoff a préparé une analyse en date du 16 mai, et M. Wortsman a admis avoir reçu les résultats [TRADUCTION] « sûrement avant la clôture » (d.i., p. 41). Ces résultats étaient pires que ceux prévus dans les budgets des magasins (sur lesquels reposaient les prévisions de ventes). Plus particulièrement, dès le 16 mai, le revenu réel de Danier pour le quatrième trimestre était de 24 pour 100 inférieur

projected (as of May 16) fourth-quarter net earnings of $259,000. Nonetheless, Wortsman and Tatoff testified that, at closing, they still believed that by year end Danier would achieve or exceed the prospectus forecast. As they explained, store budgets are "front-end loaded". Adjusting for that fact, the gross revenue shortfall as of May 16 was really only about $700,000, they said, which put the net earnings disappointment in a better light. With two major sales promotions planned for the second half of the fourth quarter, Wortsman and Tatoff thought that Danier would at least make up this shortfall.

aux prévisions. En outre, la société affichait, en date du 16 mai, une perte nette de 240 000 $, au lieu du bénéfice net de 259 000 $ prévu à cette date pour le quatrième trimestre. Néanmoins, MM. Wortsman et Tatoff ont témoigné qu'à la clôture ils croyaient toujours que Danier réaliserait ou excéderait les prévisions du prospectus. Ils ont expliqué que les budgets des magasins sont « dégressifs ». Compte tenu de ce fait, le manque brut à gagner, en date du 16 mai, n'était en réalité que de 700 000 $ environ, ont-ils déclaré, ce qui faisait paraître les bénéfices nets décevants sous un meilleur jour. Comme deux grandes promotions des ventes étaient prévues pour la seconde moitié du quatrième trimestre, MM. Wortsman et Tatoff estimaient que Danier allait au moins combler ce manque à gagner.

However, the trial judge found that Wortsman and Tatoff made no real effort to examine the root causes of the poor sales as of May 16. They turned "a blind eye to the cause[s] of those results" ((2004), 46 B.L.R. (3d) 167, at para. 259), he said. For all they knew, it seems, the causes could have been serious, internal and permanent and not necessarily something external and transitory like the weather. They did not know, and apparently did not choose to find out. That was his criticism.

14 Toutefois, le juge de première instance a conclu que MM. Wortsman et Tatoff ne s'étaient pas vraiment efforcés d'examiner les causes fondamentales du fléchissement des ventes en date du 16 mai. Selon lui, ils ont [TRADUCTION] « fermé les yeux sur l[es] cause[s] de ces résultats » ((2004), 46 B.L.R. (3d) 167, par. 259). Pour eux, semble-t-il, les causes auraient pu être graves, internes et permanentes, et non nécessairement externes et passagères comme le temps. Ils n'en avaient aucune idée et n'ont apparemment pas cherché à le savoir. Telle est la critique qu'il a formulée.

Immediately after closing, Danier held the first of these planned promotions, its annual Victoria Day Sale, which began on Thursday, May 21. When he checked the results on Monday, May 25, Wortsman discovered that, except in British Columbia, sales were down significantly as compared to the previous year. He testified that these results were "completely unexpected" (R.R., at p. 59). After some investigation, Wortsman concluded that there was no problem with the company's merchandise, but that the weather across the country, except in British Columbia, had been unusually hot. Higher temperatures (which management did not routinely monitor) meant decreased store traffic and decreased sales. Wortsman at this point became concerned that a hot spell, if prolonged, might jeopardize the company's ability to achieve the prospectus forecast. He explained this concern

15 Immédiatement après la clôture, Danier a tenu la première des deux promotions planifiées, soit son solde annuel de la Fête de la Reine, qui a commencé le jeudi 21 mai. Lorsqu'il a vérifié les résultats le lundi 25 mai, M. Wortsman s'est rendu compte que, sauf en Colombie-Britannique, les ventes avaient ralenti considérablement comparativement à l'année précédente. Il a témoigné que ces résultats étaient [TRADUCTION] « totalement inattendus » (d.i., p. 59). Après avoir examiné la situation de plus près, M. Wortsman a conclu que ce n'était pas la marchandise des magasins qui était problématique, mais plutôt le temps qui, partout au pays sauf en Colombie-Britannique, avait été exceptionnellement chaud. Les températures élevées (que la direction ne surveillait pas régulièrement) avaient entraîné une diminution de l'achalandage et des ventes. C'est alors que M. Wortsman a commencé

to the underwriters and to his lawyers. The lawyers advised Wortsman that it would be prudent to issue a revised forecast because of the risk that the hot weather would continue for the rest of the fourth quarter.

16 Accordingly, on June 4, 1998, Danier announced in a press release and a material change report that it had revised downwards its forecast for the 1998 fiscal year. The company advised that, "[d]ue to unseasonably warm weather in most regions of the country with the exception of Vancouver, the company believes that it will fall short of the previous sales and net income forecast" (A.R., at p. 931). The following are the key figures from this revised forecast, which was prepared as of June 2 and approved by the board of directors on June 4:

Impact of the Revised June 4 Forecast

	13 Weeks Ending June 27, 1998 (Projected)	Year Ending June 27, 1998 (Projected)	Difference Between Prospectus Forecast and June 4 Forecast
Revenue	$12,630,000	$85,500,000	($4,780,000)
Net Earnings (Loss)	($1,149,000)	$3,735,000	($765,000)

17 The trial judge described the magnitude of the shift that underlay the revised forecast:

> The revised forecast differed significantly from the original forecast. The revised expected revenue for the fiscal year was lower by about 5%; revised net income was lower by about 17% and revised EBITDA was lower by about 13%. As for the fourth quarter, revenues

à s'inquiéter de la possibilité que la vague de chaleur, si elle se poursuivait, compromette la capacité de la société de réaliser les prévisions du prospectus. Il a fait part de cette inquiétude aux preneurs fermes et à ses avocats. Les avocats ont affirmé à M. Wortsman qu'il serait prudent du publier des prévisions révisées en raison du risque que le temps chaud persiste jusqu'à la fin du quatrième trimestre.

Le 4 juin 1998, Danier a donc annoncé dans un communiqué de presse et un rapport sur des changements importants qu'elle avait revu à la baisse ses prévisions pour l'exercice 1998. Elle a signalé que, [TRADUCTION] « en raison du temps exceptionnellement doux que connaissent la plupart des régions du pays, à l'exception de Vancouver, la société estime qu'elle ne réalisera pas ses prévisions de ventes et de revenus nets annoncées antérieurement » (d.a., p. 931). On trouvera ci-dessous les principaux chiffres tirés des prévisions révisées qui ont été préparées le 2 juin et approuvées le 4 juin par le conseil d'administration :

Effets des prévisions révisées du 4 juin

	Période de 13 semaines se terminant le 27 juin 1998 (prévisions)	Exercice se terminant le 27 juin 1998 (prévisions)	Écart entre les prévisions du prospectus et les prévisions du 4 juin
Revenus	12 630 000 $	85 500 000 $	(4 780 000 $)
Bénéfice (perte) net(te)	(1 149 000 $)	3 735 000 $	(765 000 $)

Le juge de première instance a décrit l'ampleur du changement qui sous-tend les prévisions révisées :

> [TRADUCTION] Les prévisions révisées différaient considérablement des prévisions initiales. Les revenus révisés prévus pour l'exercice étaient inférieurs ont diminué d'environ 5 pour 100, le bénéfice net révisé, d'environ 17 pour 100, et le BAIIA révisé, d'environ 13 pour 100.

were now forecast to be about 28% lower than had been expected in the Prospectus; the net loss for the quarter was now expected to be almost three times larger than the original forecast; and EBITDA was now expected to be a loss of approximately $1 million instead of a positive $445,000. [para. 16]

Quant au quatrième trimestre, les prévisions de revenus étaient désormais d'environ 28 pour 100 inférieures à celles contenues dans le prospectus; la perte nette escomptée était maintenant trois fois plus élevée que dans les prévisions initiales; on s'attendait désormais à ce que le BAIIA constitue une perte approximative de 1 million de dollars, au lieu d'un profit de 445 000 $. [par. 16]

The market quickly demonstrated the "materiality" of this information. Prior to June 4, the company's shares had been trading above their issue price of $11.25, but the share price dropped immediately upon release of this revised forecast. The trial judge found that the market had fully absorbed the revision (and the share price stabilization activities carried out by the underwriters) by June 10, when the shares closed at $8.90. The appellant investors concluded that Danier had sat on the bad news to ensure the success of its IPO, and that those who had purchased in ignorance were entitled to compensation.

18 Le marché a rapidement démontré l'« importance » de ces renseignements. Avant le 4 juin, le cours des actions de la société était supérieur à leur prix d'émission de 11,25 $ l'unité, mais il a chuté dès la publication des prévisions révisées. Le juge de première instance a estimé que le marché avait complètement absorbé la révision (et les activités de stabilisation du prix de l'action exercées par les preneurs fermes) le 10 juin, alors que le cours de l'action fermait à 8,90 $. Les investisseurs appelants ont conclu que Danier avait étouffé les mauvaises nouvelles pour assurer le succès de son PAPE et que les personnes qui, sans connaître les circonstances, avaient acheté des actions avaient droit à une indemnité.

However, in the remaining weeks of the fourth quarter, Danier's sales improved significantly. The weather cooled, and the company held a successful 50 percent discount promotion. In the end, the trial judge found that Danier "substantially achieved" the prospectus forecast.

19 Toutefois, au cours des semaines restantes du quatrième trimestre, les ventes de Danier ont augmenté considérablement. Le temps s'est refroidi, et la société a tenu avec succès une promotion rabais de 50 pour 100. En définitive, le juge de première instance a conclu que Danier avait [TRADUCTION] « réalisé dans une large mesure » les prévisions du prospectus.

On November 13, 1998, an action for prospectus misrepresentation was commenced under s. 130(1) of the Act, claiming that the results of the May 16 analysis should have been released before the IPO closed. On December 3, 2002, the action was certified as a class proceeding with the "class" defined as:

20 Le 13 novembre 1998, une action pour présentation inexacte des faits dans un prospectus a été intentée en vertu du par. 130(1) de la Loi. Dans cette action, on alléguait que les résultats de l'analyse du 16 mai auraient dû être publiés avant la clôture du PAPE. Le 3 décembre 2002, l'action a été autorisée comme recours collectif, le « groupe » concerné étant défini ainsi :

(a) Those persons in Canada who purchased shares of Danier Leather Inc. in the distribution under its initial public offering which closed on May 20, 1998, and who continued to hold those shares on June 4, 1998, but not including [the defendants and certain persons associated with the defendants].

[TRADUCTION]

a) les personnes au Canada qui ont acheté des actions de Danier Leather Inc. dans le cadre de son premier appel public à l'épargne clos le 20 mai 1998, et qui les détenaient toujours le 4 juin 1998, à l'exclusion [des défendeurs et de certaines personnes ayant des liens avec les défendeurs].

James Frederick Durst was appointed as the sole representative plaintiff for this class.

IV. Relevant Statutory Provisions

21 See Appendix.

V. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice*

22 The trial judge said that he agreed with Cumming J., who had certified the class action, that "it is the truthfulness of the Forecast as at May 20, 1998, that is relevant to establishing liability under s. 130(1) of the [Act]" ((2004), 46 B.L.R. (3d) 167, at para. 29). The trial lasted 44 days.

23 Lederman J. held that the sales forecast, while not itself a "fact in the sense that actual results are facts" (para. 65), nevertheless includes the following *implied* assertions of fact:

> i. the forecast represents the forecaster's best judgment of the most probable set of economic conditions and the company's planned course of action . . . ,
>
> ii. the forecast is sound and reliable in the sense that the forecaster made it with reasonable care and skill . . . , and
>
> iii. the forecaster generally believes the forecast, the forecaster's belief is reasonable and the forecaster is not aware of any undisclosed facts tending to seriously undermine the accuracy of the forecast . . . .

In his view, "a forecast is an untrue statement of material fact if any of the factual assertions implied in the forecast are untrue" (para. 77).

24 As of May 6, the date on which the prospectus was receipted, Lederman J. found that management had complied with its obligation under s. 56(1) to

James Frederick Durst a été nommé seul représentant du groupe de demandeurs.

IV. Dispositions législatives pertinentes

Voir l'annexe.

V. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario*

Le juge de première instance a dit convenir avec le juge Cumming, qui avait autorisé le recours collectif, que [TRADUCTION] « c'est la véracité des prévisions en date du 20 mai 1998 qui est pertinente pour établir la responsabilité au regard du par. 130(1) de la [Loi] » ((2004), 46 B.L.R. (3d) 167, par. 29). L'audience a duré 44 jours.

Le juge Lederman a estimé que, même si elles ne constituent pas en soi un [TRADUCTION] « fait en ce sens que les résultats réels sont des faits » (par. 65), les prévisions de ventes comportent néanmoins les affirmations factuelles *implicites* suivantes :

[TRADUCTION]

> i. les prévisions traduisent le meilleur jugement de leur auteur sur la conjoncture économique la plus probable et le plan d'action prévu de la société . . .,
>
> ii. les prévisions sont solides et fiables, en ce sens que leur auteur les a faites avec diligence et compétence raisonnables [. . .], et
>
> iii. l'auteur de prévisions croit généralement en celles-ci, sa croyance est raisonnable et il ne connaît aucun fait non divulgué susceptible de compromettre sérieusement l'exactitude des prévisions . . .

Selon le juge de première instance, [TRADUCTION] « une prévision constitue une présentation inexacte d'un fait important si l'une des affirmations factuelles implicites qu'elle comporte est fausse » (par. 77).

Le juge Lederman a conclu qu'à la date où on a accusé réception du prospectus, soit le 6 mai, la direction de la société avait respecté l'obligation

provide "full, true and plain disclosure of all material facts" in the prospectus. None of the implied assertions underpinning the forecast was untrue as of that date. In particular, the appellants had failed to prove that the forecast was not prepared with reasonable care and skill, or that management's subjective belief in the forecast was objectively unreasonable as of that date.

qui lui incombait, en vertu du par. 56(1), de divulguer « complètement, fidèlement et clairement tous les faits pertinents [*material facts*] » dans le prospectus. Aucune des affirmations implicites qui sous-tendaient les prévisions n'était fausse à cette date. Plus particulièrement, les appelants n'avaient pas prouvé que les prévisions n'avaient pas été préparées avec diligence et compétence raisonnables ou que la croyance subjective de la direction en ses prévisions était objectivement déraisonnable à cette date.

Lederman J. agreed that the cause of the poor results was the weather, which is not a change in the business, operations or capital of the issuer. Accordingly, the sales results did not amount to a "material change" requiring that an amendment to the prospectus be filed under s. 57(1). Nonetheless, Lederman J. held that s. 130(1) imposed an obligation (independent of ss. 56(1) and 57(1)) to disclose material facts arising during the period of distribution that become necessary to make any of the implied assertions in Danier's prospectus not misleading as of the closing date, May 20. In this regard, he stated that under s. 130(1) (as this provision read in 1998), liability attached to a misrepresentation "if it was a misrepresentation at the time of purchase". The time of purchase is typically the date of closing. Thus, even if the prospectus contained no misrepresentation when it was receipted, and no obligation to amend it prior to closing was imposed by Part XV of the Act, there could still be liability for misrepresentation. As Lederman J. wrote, "[i]f a statement is true when made, but subsequent facts make it untrue to the knowledge of the representor, then the subsequent facts must be disclosed" (para. 94). 25

Le juge Lederman a convenu que les piètres résultats étaient dus au temps, ce qui ne constitue pas un changement dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital de l'émetteur. En conséquence, les résultats de ventes ne représentaient pas un « changement important » nécessitant le dépôt d'une modification du prospectus conformément au par. 57(1). Le juge Lederman a néanmoins estimé que le par. 130(1) obligeait (indépendamment des par. 56(1) et 57(1)) à divulguer les faits importants (*material facts*) ayant pris naissance durant la période de placement, afin d'éviter que l'une ou l'autre des affirmations implicites des prospectus de Danier ne soit trompeuse à la date de clôture le 20 mai. À ce propos, il a déclaré que, selon le par. 130(1) (tel qu'il était libellé en 1998), la responsabilité était engagée à l'égard d'une présentation inexacte des faits « si celle-ci constituait une présentation inexacte des faits au moment de l'achat ». Le moment de l'achat correspond généralement à la date de clôture. Donc, même si le prospectus ne renfermait aucune présentation inexacte des faits au moment où on en a accusé réception et que la partie XV de la Loi n'obligeait pas à le modifier avant la clôture, la responsabilité pour présentation inexacte des faits pouvait toujours être engagée. Comme l'a écrit le juge Lederman, [TRADUCTION] « [s]i une déclaration est vraie lorsqu'elle est faite, mais que des faits subséquents la rendent fausse à la connaissance de son auteur, ces faits subséquents doivent alors être divulgués » (par. 94).

In this case, Lederman J. found that, because of management's analysis as of May 16, it knew that not all of the *implied* assertions of fact were true, and this awareness continued until May 20. Though 26

En l'espèce, le juge Lederman a conclu que, en raison de son analyse en date du 16 mai, la direction savait que les affirmations de fait *implicites* n'étaient pas toutes vraies, et il en a été ainsi

he accepted the testimony of Wortsman and Tatoff that at closing they continued to believe that the forecast was achievable, he found that this subjective belief was no longer objectively reasonable:

> Given the sheer magnitude of revenue that was required in the last 6 weeks of the quarter if Forecast was to be met, the little time remaining in the quarter, the history of sales in that period and the fact that the cause of the decline could continue, the May 16th Analysis does not provide a reasonable basis for management's optimism. This information should have been disclosed prior to the closing of the IPO. [para. 269]

27 Lederman J. held that the cautionary language in the prospectus did not relieve the defendants of liability, because "no mention is made in the cautions, assumptions or risk factors of the impact that weather may have on Danier's sales" (para. 199). With regard to damages, Lederman J. found that those shareholders who sold their shares after June 10 were entitled to the difference between the IPO price ($11.25) and the price at closing on June 10 ($8.90), for a total loss of $2.35 per share.

28 In a subsequent judgment on costs, Lederman J. awarded partial indemnity costs up to April 25, 2003 (the date of a settlement offer of $1.50 per share versus the judgment award of $2.35 per share) and substantial indemnity costs thereafter: (2005), 76 O.R. (3d) 60. Lederman J. also awarded the appellants a cost premium of $1,000,000.

B. *Ontario Court of Appeal (Laskin, Goudge and Blair JJ.A.)*

29 In a unanimous judgment, the Ontario Court of Appeal reversed the trial judgment on three separate bases: (2005), 77 O.R. (3d) 321. Firstly, the court said that while investors were entitled to assume that as of the filing date (May 6) the prospectus provided "full, true and plain disclosure of

jusqu'au 20 mai. Bien qu'il ait accepté le témoignage de MM. Wortsman et Tatoff selon lequel ils croyaient toujours, à la clôture, que les prévisions étaient réalisables, le juge Lederman a conclu que cette croyance subjective n'était plus objectivement raisonnable :

> [TRADUCTION] Compte tenu l'importance même des revenus qui étaient requis durant les six dernières semaines du trimestre pour réaliser les prévisions, du peu de temps qu'il restait avant la fin du trimestre, de l'historique des ventes à cette période et de la possibilité que la cause du ralentissement persiste, l'analyse du 16 mai ne constitue pas une justification raisonnable de l'optimisme de la direction. Ces renseignements auraient dû être divulgués avant la clôture du PAPE. [par. 269]

Le juge Lederman a conclu que la mise en garde du prospectus n'exonérait pas les défendeurs de toute responsabilité parce que [TRADUCTION] « les mises en garde, les hypothèses ou les facteurs de risque ne font aucunement état de l'incidence que le temps peut avoir sur les ventes de Danier » (par. 199). S'agissant des dommages-intérêts, le juge Lederman a conclu que les actionnaires qui avaient vendu leurs actions après le 10 juin avaient droit à la différence entre le prix de l'action lors du PAPE (11,25 $) et celui au moment de la clôture le 10 juin (8,90 $), soit une perte totale de 2,35 $ par action.

Dans un jugement subséquent sur les dépens, le juge Lederman a accordé des dépens d'indemnisation partielle jusqu'au 25 avril 2003 (date d'une offre de règlement de 1,50 $ par action par opposition à la somme de 2,35 $ par action accordée dans le jugement) et des dépens d'indemnisation substantielle par la suite : (2005), 76 O.R. (3d) 60. Le juge Lederman a accordé aux appelants une prime additionnelle d'un million de dollars.

B. *Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Goudge et Blair)*

Dans un arrêt unanime, la Cour d'appel de l'Ontario a infirmé le jugement de première instance pour trois motifs distincts : (2005), 77 O.R. (3d) 321. Premièrement, la cour a affirmé que, même si les investisseurs étaient en droit de présumer qu'à la date du dépôt (le 6 mai), le prospectus divulguait

all material facts", thereafter they were entitled only to notice of material *changes*, and here no material *changes* arose during the period of distribution. The trial judge had misinterpreted the phrase "if it was a misrepresentation at the time of purchase" in s. 130(1). Properly construed it meant only that investors "cannot sue for a misrepresentation in a prospectus that was corrected by an amendment before their purchase or for [a] misrepresentation that may be found in an amendment made after their purchase" (para. 108).

« complètement, fidèlement et clairement tous les faits pertinents », ils n'avaient par la suite que le droit d'être avisés des *changements* importants et, en l'espèce, aucun *changement* important n'était survenu durant la période de placement. Le juge de première instance avait mal interprété le passage « si celle-ci constituait une présentation inexacte des faits au moment de l'achat », au par. 130(1). Interprété correctement, ce passage signifiait simplement que les investisseurs [TRADUCTION] « ne peuvent intenter une action pour présentation inexacte des faits dans un prospectus qui a été rectifié par voie de modification avant leur achat d'actions ou pour présentation inexacte des faits dans une modification apportée après leur achat d'actions » (par. 108).

Secondly, the court disagreed with Lederman J.'s finding that the forecast contained an implied representation of objective reasonableness. The court wrote that

30 Deuxièmement, la cour ne partageait pas la conclusion du juge Lederman selon laquelle les prévisions comportaient une déclaration implicite de caractère objectivement raisonnable. Elle a écrit ceci :

> in this case there is no evidence — and nothing in the language of the prospectus itself — to suggest that the appellants' subjective belief that the Forecast was reasonable was shared by reasonable business people or was otherwise being put forward as "objectively reasonable" . . . . [para. 141]

> [TRADUCTION] [E]n l'espèce, il n'y a aucune preuve — ni rien dans le libellé du prospectus même — qui indique que la croyance subjective des appelants que les prévisions étaient raisonnables était partagée par des gens d'affaires raisonnables ou qu'elles étaient par ailleurs présentées comme étant « objectivement raisonnables ». . . [par. 141]

Thirdly, the court held that in any event the forecast *was* objectively reasonable as of May 20, the closing date. The fact that the forecast was substantially achieved, in the court's view, was at least some evidence of its objective reasonableness as of May 20. Moreover, the court believed that Lederman J. erred by failing to give any deference to the "business judgment" of senior management. On this point, the court wrote:

31 Troisièmement, la cour a estimé que, de toute façon, les prévisions *étaient* objectivement raisonnables à la date de clôture le 20 mai. Selon la cour, le fait que les prévisions se sont réalisées dans une large mesure constituait tout au moins une preuve qu'elles étaient objectivement raisonnables le 20 mai. De plus, la cour estimait que le juge Lederman avait commis une erreur en ne faisant pas montre de déférence à l'égard de l'« appréciation commerciale » de la haute direction. La cour a déclaré à ce sujet :

> First, given the trial judge's finding of an implied statement that the forecast was reasonable, the exercise of determining whether there was a misrepresentation has the concept of a business judgment about reasonableness built into it. A forecast is a quintessential example of the exercise of business judgment. This business judgment must be considered. Secondly, the "reasonableness"

> [TRADUCTION] Premièrement, compte tenu de la conclusion du juge de première instance à l'existence d'une affirmation implicite que les prévisions étaient raisonnables, la question de savoir s'il y avait présentation inexacte des faits comporte une notion d'appréciation commerciale du caractère raisonnable. Une prévision est un parfait exemple d'appréciation commerciale. Il faut tenir compte de

that is the centrepiece of the business judgment rule involves a "range of reasonableness". [para. 157]

Applying the Business Judgment Rule, the court found that Lederman J. had wrongly substituted his own view as to whether the forecast was objectively reasonable as of May 20 for management's view, and also that Lederman J. had overlooked important pieces of evidence that tended to support management's view. The court therefore allowed the appeal as to liability, and declined to address the issue of damages. As to costs, the court characterized the litigation as "a commercial dispute between sophisticated commercial actors who are well resourced" ((2006), 20 B.L.R. (4th) 1, at para. 6), and subsequently refused the representative plaintiff's request that no costs be awarded against him based on s. 31(1) of the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6. Costs were thus awarded to Danier, Wortsman and Tatoff on a partial indemnity basis.

VI. Analysis

32 The *Securities Act* is remedial legislation and is to be given a broad interpretation: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557. It protects investors from the risks of an unregulated market, and by its assurance of fair dealing and by the promotion of the integrity and efficiency of capital markets it enhances the pool of capital available to entrepreneurs. The Act supplants the "buyer beware" mind set of the common law with compelled disclosure of relevant information. At the same time, in compelling disclosure, the Act recognizes the burden it places on issuers and in Part XV sets the limits on what is required to be disclosed. The problem for the appellants is that when a prospectus is accurate at the time of filing, s. 57(1) of the Act limits the obligation of post-filing disclosure to notice of a "material change", which the Act defines in s. 1 in relevant part as

l'appréciation commerciale. Deuxièmement, le « caractère raisonnable », qui est au cœur de la règle de l'appréciation commerciale, comporte « divers degrés de caractère raisonnable ». [par. 157]

Appliquant la règle de l'appréciation commerciale, la cour a conclu que le juge Lederman avait eu tort de substituer son propre point de vue à celui de la direction quant à savoir si les prévisions étaient objectivement raisonnables le 20 mai, et qu'il n'avait pas tenu compte d'importants éléments de preuve tendant à étayer le point de vue de la direction. La cour a donc accueilli l'appel en ce qui a trait à la responsabilité et a refusé d'aborder la question des dommages-intérêts. Quant aux dépens, la cour a qualifié le litige de [TRADUCTION] « différend commercial opposant des acteurs commerciaux avertis et bien nantis » ((2006), 20 B.L.R. (4th) 1, par. 6), et elle a, par la suite, rejeté la requête du représentant des demandeurs voulant qu'il ne soit pas condamné aux dépens en application du par. 31(1) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6. Des dépens ont donc été accordés à Danier, à M. Wortsman et à M. Tatoff sur la base d'une indemnisation partielle.

VI. Analyse

La *Loi sur les valeurs mobilières* est une mesure législative corrective et doit recevoir une interprétation large : *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557. Elle protège les investisseurs contre les risques d'un marché non réglementé et, en assurant le caractère équitable des opérations et en favorisant l'intégrité et l'efficience des marchés financiers, elle accroît la disponibilité de capitaux pour les chefs d'entreprise. Cette loi supplante la mentalité existant en common law selon laquelle « l'acheteur doit prendre garde », en prescrivant la divulgation des renseignements pertinents. Du même coup, elle reconnaît le fardeau que l'obligation de divulguer impose aux émetteurs et établit, à la partie XV, les limites de ce qui doit être divulgué. Le problème qui se pose pour les appelants est que, lorsqu'un prospectus est exact au moment de son dépôt, le par. 57(1) de la Loi limite l'obligation de divulguer après le dépôt à un avis de « changement important » qui, dans la partie pertinente de l'art. 1 de la Loi, est défini comme étant

a change in the business, operations or capital of the issuer that would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of any of the securities of the issuer . . . ;

un changement dans [l]es activités commerciales, [l']exploitation ou [le] capital [d'un émetteur], s'il est raisonnable de s'attendre à ce que ce changement ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des valeurs mobilières de cet émetteur. . .

An issuer has no similar express obligation to amend a prospectus or to publicize and file a report for the modification of material *facts* occurring after a receipt for a prospectus is obtained. That is where the legislature has drawn the line.

L'émetteur n'a aucune obligation expresse similaire de modifier son prospectus ni de diffuser et déposer un rapport faisant état d'un changement de *faits* importants survenu après que l'on a accusé réception du prospectus. C'est là que le législateur a fixé la limite.

The appellants no longer dispute the trial judge's finding that Danier's prospectus provided "full, true and plain disclosure of all material facts" when it was receipted on May 6, 1998. However, they cite *Shaw v. Digital Equipment Corp.*, 82 F.3d 1194 (1st Cir. 1996), for the proposition that an issuer should not be allowed to "exploit its informational trading advantage, at the expense of investors, by delaying disclosure of material nonpublic negative news until after completion of the offering" (p. 1204). As to intra-quarterly results, *Shaw* states:

33

Les appelants ne contestent plus la conclusion du juge de première instance selon laquelle le prospectus divulguait « complètement, fidèlement et clairement tous les faits pertinents » au moment où on en a accusé réception le 6 mai 1998. Ils invoquent toutefois l'arrêt *Shaw c. Digital Equipment Corp.*, 82 F.3d 1194 (1st Cir. 1996), à l'appui de leur argument selon lequel il ne devrait pas être permis à l'émetteur de [TRADUCTION] « tirer profit, aux dépens des investisseurs, de l'avantage commercial dont il jouit sur le plan de l'information en attendant la clôture du placement pour divulguer des nouvelles négatives importantes inconnues du public » (p. 1204). En ce qui concerne les résultats intratrimestriels, la cour affirme ceci dans l'arrêt *Shaw* :

[G]iven that at any point in a quarter, the remainder of the period may not mirror the quarter-to-date, is there a sufficient probability that unexpectedly disastrous quarter-to-date performance will carry forward to the end of the quarter, such that a reasonable investor would likely consider the interim performance important to the overall mix of information available? . . . [T]he question is whether the nondisclosure of interim facts rendered the prospectus materially incomplete. [p. 1210]

[TRADUCTION] [V]u que, à tout moment au cours d'un trimestre, il se peut que la période restante ne ressemble pas à celle qui vient de s'écouler, existe-t-il une probabilité suffisante que le rendement étonnamment désastreux du trimestre à ce jour persiste jusqu'à la fin du trimestre, de sorte qu'il est probable que l'investisseur raisonnable jugerait important que le rendement dans l'intervalle fasse partie de l'ensemble des renseignements disponibles? [. . .] [L]a question est de savoir si la non-divulgation des faits survenus dans l'intervalle a rendu le prospectus nettement incomplet. [p. 1210]

The appellants argue that *Shaw*'s "materially incomplete" test applies at least to the extent of obliging issuers to correct misinformation, and this duty (grounded in s. 130(1) itself) exists independently of the prospectus disclosure requirements of ss. 56 to 58. The separate and continuing obligation on issuers is to disclose any material facts arising after the date of the prospectus and before closing that make any of the factual assertions implied in

Les appelants font valoir que le critère du « caractère nettement incomplet » établi dans l'arrêt *Shaw* s'applique au moins au point d'obliger les émetteurs à rectifier les renseignements inexacts, et que cette obligation (fondée sur le par. 130(1) même) existe indépendamment des exigences de divulgation que les art. 56 à 58 prescrivent pour les prospectus. L'obligation distincte et continue qui incombe aux émetteurs consiste à divulguer tout fait important

the forecast untrue. The gist of the appellants' complaint is succinctly summarized in their factum as follows:

> . . . Danier management decided not to disclose this [the intra-quarterly] information to Danier's board, counsel, auditors, underwriters, or to the market. Rather, they closed the offering and collected $67,950,000 in proceeds. Two weeks after closing, [Danier] finally disclosed the information and a revised, substantially lower, forecast for Q4 and FY 1998. The market price of Danier's shares immediately fell. In contrast to the Wortsman Family Trust, which reaped $27,500,000, Danier's investors lost 22% of their investment. [para. 1]

A. *Did Section 130(1) of the Securities Act Oblige Danier to Disclose Material Facts Arising After its Prospectus was Filed?*

34 The appellants argue that post-filing information falling short of "material change" can nevertheless base an action for prospectus misrepresentation because of the wording, as they interpret it, of s. 130(1) which reads:

> **130.**—(1) Where a prospectus together with any amendment to the prospectus contains a misrepresentation, a purchaser who purchases a security offered thereby during the period of distribution or distribution to the public shall be deemed to have relied on such misrepresentation if it was a misrepresentation at the time of purchase and has a right of action for damages against,
>
> (a) the issuer or a selling security holder on whose behalf the distribution is made;
>
> . . .
>
> (e) every person or company who signed the prospectus or the amendment to the prospectus other than the persons or companies included in clauses (a) to (d), . . .

qui survient après la date du prospectus et avant la clôture et qui rend fausse l'une ou l'autre des affirmations factuelles implicites que comportent les prévisions. Les appelantes résument ainsi l'essentiel de leur plainte dans leur mémoire :

> [TRADUCTION] . . . la direction de Danier a décidé de ne pas divulguer ces renseignements [intratrimestriels] au conseil d'administration de Danier, aux avocats, aux vérificateurs, aux preneurs fermes ou au marché. Elle a préféré clore le placement et toucher un produit de 67 950 000 $. Deux semaines après la clôture, [Danier a] finalement divulgué les renseignements et révisé sérieusement à la baisse les prévisions pour le quatrième trimestre et l'exercice 1998. Le cours de l'action de Danier a chuté immédiatement. À la différence de la fiducie de la famille Wortsman, qui a récolté 27 500 000 $, les investisseurs de Danier ont perdu 22 pour 100 de leur investissement. [par. 1]

A. *Le paragraphe 130(1) de la Loi sur les valeurs mobilières obligeait-il Danier à divulguer les faits importants survenus après le dépôt du prospectus?*

Les appelants soutiennent que les données ultérieures au dépôt qui ne constituent pas un « changement important » peuvent néanmoins donner ouverture à action pour présentation inexacte des faits dans un prospectus en raison de l'interprétation qu'ils donnent du par. 130(1), qui prévoit ceci :

> **130** (1) En cas de présentation inexacte des faits dans un prospectus et ses modifications, l'acheteur qui achète des valeurs mobilières offertes par ce prospectus au cours de la période de placement ou de placement dans le public est réputé s'être fié à cette présentation inexacte des faits si celle-ci constituait une présentation inexacte des faits au moment de l'achat et il peut intenter une action en dommages-intérêts contre les personnes suivantes :
>
> a) l'émetteur ou le détenteur qui a vendu les valeurs mobilières et au nom de qui le placement est effectué;
>
> . . .
>
> e) les personnes ou les compagnies qui ont signé le prospectus ou ses modifications, autres que les personnes ou les compagnies visées aux alinéas a) à d). . .

Was the sales forecast, though found not to be a "material change", nevertheless a "misrepresentation" as of May 16, 1998? According to s. 1, a "misrepresentation" can occur by

an omission to state a material fact that is . . . necessary to make a statement not misleading in the light of the circumstances in which it was made;

The argument, therefore, is that failure to disclose the intra-quarterly results prior to closing rendered the prospectus forecast "misleading" at the "time of purchase" to the knowledge of the respondents, and therefore actionable under s. 130(1). This is because a "material fact" is defined in the Act more broadly than a "material change" and includes "a fact that significantly affects, or would reasonably be expected to have a significant effect on, the market price or value of . . . securities" (s. 1). The trial judge concluded that the intra-quarterly results constituted a "material fact".

The appellants further submit that nothing in s. 130(1) suggests any legislative intent to alter the basic common law principle that requires a representation that becomes untrue to the maker's knowledge to be corrected before it is acted upon (see S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4th ed. 1999), at p. 315). In this vein, the appellants, as did the trial judge, observe that s. 130(1) (as it stood in 1998) deems an investor to have relied on a misrepresentation "if it was a misrepresentation at the time of purchase". Reference to "the time of purchase", they say, further indicates that an issuer's duty to disclose material facts continues until the closing date.

In my opinion, with respect, these submissions are not persuasive. Prospective purchasers were entitled to assume that no material *changes* (as defined in the Act) had occurred to the material facts disclosed in

Bien qu'elles n'aient pas été qualifiées de « changement important », les prévisions de ventes constituaient-elles néanmoins une « présentation inexacte des faits » le 16 mai 1998? Aux termes de l'art. 1, une « présentation inexacte des faits » peut résulter 35

de l'omission de relater un fait important dont la déclaration est [. . .] nécessaire pour que la déclaration ne soit pas trompeuse, eu égard aux circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite.

Donc, selon cet argument, l'omission de divulguer les résultats intratrimestriels avant la clôture rendait — à la connaissance des intimés — les prévisions « trompeuses » au « moment de l'achat », et donnaient donc ouverture à action en vertu du par. 130(1). Il en est ainsi parce que la Loi définit l'expression « fait important » de façon plus large que l'expression « changement important », en ce sens qu'elle s'entend « d'un fait qui a un effet significatif sur le cours ou la valeur de [. . .] valeurs mobilières ou dont il est raisonnable de s'attendre qu'il aura cet effet » (art. 1). Le juge de première instance a conclu que les résultats intratrimestriels constituaient un « fait important ».

Les appelants soutiennent en outre que rien dans le par. 130(1) n'indique que le législateur avait l'intention de modifier le principe fondamental de common law qui exige que toute déclaration qui devient fausse à la connaissance de son auteur soit rectifiée avant qu'on y donne suite (voir S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4e éd. 1999), p. 315). Dans la même veine, les appelants, à l'instar du juge de première instance, font observer que, selon le par. 130(1) (tel qu'il existait en 1998), l'investisseur est réputé s'être fié à une présentation inexacte des faits « si celle-ci constituait une présentation inexacte des faits au moment de l'achat ». Selon eux, la mention du « moment de l'achat » indique en outre que l'obligation de l'émetteur de divulguer les faits importants continue d'exister jusqu'à la date de clôture. 36

En toute déférence, je juge ces arguments non convaincants. Les acheteurs éventuels étaient en droit de présumer que les faits importants divulgués dans le prospectus n'avaient subi aucun 37

the prospectus between the filing date and the closing date, but that is the extent of the assurance given by the Act to prospective investors.

38 The appellants submit that s. 57(1) should not be used as a guide to the interpretation of s. 130(1), relying in part on the argument that "s. 57(1) says nothing about whether a material fact if disclosed may remain uncorrected if it becomes untrue by the date of purchase, and thus the section does nothing to limit any such duty that may otherwise exist", as discussed by H. Underwood and R. Sorell in "Danier Leather Inc. and the Duty to Update a Prospectus" (2006), 43 *Can. Bus. L.J.* 134, at pp. 144-45. However, such an interpretation would disregard the court's duty to interpret the statute "harmoniously" as a whole. Imposition of civil liability under s. 130(1) for an omission to do what the legislature as a matter of policy has declined to require in s. 57(1) would simply be to substitute the court's view of policy for that adopted by the legislature. The distinction between "material change" and "material fact" is deliberate and policy-based, as explained by a former chairman of the O.S.C.:

> The term "material fact" is necessary when an issuer is publishing a disclosure document, such as a prospectus or a take-over bid circular, where all material information concerning the issuer at a point in time is published in one document which is convenient to the investor. The term "material change" is limited to a change in the business, operations or capital of the issuer. This is an attempt to relieve reporting issuers of the obligation to continually interpret external political, economic and social developments as they affect the affairs of the issuer, unless the external change will result in a change in the business, operations or capital of the issuer, in which case, timely disclosure of the change must be made. [Emphasis added.]
>
> (Remarks of Peter J. Dey concerning disclosure under the *Securities Act* made to securities lawyers in Calgary and Toronto on June 7 and 9, 1983.)

changement important (au sens de la Loi) entre la date de dépôt et la date de clôture, mais c'est tout ce que la Loi assure aux investisseurs éventuels.

Les appelants soutiennent que le par. 57(1) ne devrait pas être utilisé pour interpréter le par. 130(1), en se fondant en partie sur l'argument selon lequel [TRADUCTION] « le par. 57(1) ne précise pas si, une fois divulgué, un fait important peut demeurer non rectifié s'il est devenu inexact à la date d'achat, de sorte que ce paragraphe n'a pas pour effet de limiter toute obligation qui peut par ailleurs exister », comme l'expliquent H. Underwood et R. Sorell dans « Danier Leather Inc. and the Duty to Update a Prospectus » (2006), 43 *Rev. can. dr. comm.* 134, p. 144-145. Toutefois, une telle interprétation ne tiendrait pas compte du devoir de la cour d'interpréter la loi comme un tout « harmonieux ». Imposer la responsabilité civile prévue au par. 130(1) pour avoir omis de faire ce que le législateur a, pour des raisons de politique générale, refusé d'exiger au par. 57(1) reviendrait simplement à substituer le point de vue de la cour à celui que le législateur a adopté en matière de politique générale. La distinction entre « changement important » et « fait important » est délibérée et fondée sur une politique générale, comme l'a expliqué l'ex-président de la CVMO :

> [TRADUCTION] L'expression « fait important » est nécessaire lorsque l'émetteur rend public un document d'information, comme un prospectus ou une note d'information, où tous les renseignements importants concernant l'émetteur à un moment donné sont publiés dans un seul document commode pour l'investisseur. L'expression « changement important » ne vise que les changements dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital de l'émetteur. On vise ainsi à dégager les émetteurs assujettis de l'obligation d'interpréter continuellement les changements politiques, économiques et sociaux ayant une incidence sur leurs affaires, à moins que le changement extérieur n'entraîne un changement dans leurs activités commerciales, leur exploitation ou leur capital, auquel cas ils doivent divulguer sans délai le changement en question. [Je souligne.]
>
> (Allocution portant sur la divulgation prévue par la *Loi sur les valeurs mobilières*, prononcée par Peter J. Dey devant des avocats spécialisés dans les valeurs mobilières à Calgary et à Toronto les 7 et 9 juin 1983.)

As to the current state of this policy, it is worth noting that both the Toronto Stock Exchange Committee on Corporate Disclosure, *Final Report: Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance* (1997) ("Allen Report"), and the Ontario, *Five Year Review Committee Final Report: Reviewing the Securities Act (Ontario)* (2003) ("Crawford Report"), considered whether the *Securities Act* should be amended to require continuing disclosure by issuers of material facts or whether the policy of requiring the disclosure of only material changes should be continued. Both committees recommended against a modification of the statutory policy.

Quant à l'état actuel de cette politique générale, il convient de noter que le Toronto Stock Exchange Committee on Corporate Disclosure, dans son rapport intitulé *Final Report : Responsible Corporate Disclosure : A Search for Balance* (1997) (le « rapport Allen »), et l'Ontario, dans son rapport intitulé *Rapport final du Comité d'étude de cinq ans : Examen de la Loi sur les valeurs mobilières (Ontario)* (2003) (le « rapport Crawford »), se sont tous les deux demandé si la *Loi sur les valeurs mobilières* devrait être modifiée de manière à obliger les émetteurs à divulguer de façon continue les faits importants, ou si la politique actuelle qui n'oblige à divulguer que les changements importants devrait être maintenue. Les deux comités se sont prononcés contre la modification de la politique législative.

Firstly, if an issuer has fully complied with its regulatory obligations under ss. 56 to 58 of the Act it would be contrary to the scheme of the Act, and to the intent of the Ontario legislature reflected therein, to find civil liability against an issuer under s. 130(1) for failing to disclose post-filing information that does not amount to a material change.

39 Premièrement, j'estime que, si un émetteur s'est conformé pleinement aux exigences réglementaires des art. 56 à 58 de la Loi, il serait contraire à l'esprit de la Loi, ainsi qu'à l'intention du législateur ontarien qui en ressort, de tenir cet émetteur civilement responsable en application du par. 130(1) pour avoir omis de divulguer des données ultérieures au dépôt qui ne constituent pas un changement important.

Secondly, the statutory definition of "misrepresentation" uses the past tense in the phrase "in the light of the circumstances in which it was made". The appellants say the past tense "contemplates that a statement may need correction later" (A.F., at para. 51). In my view, however, this past tense simply signals that the relevant date for assessing the accuracy of a statement is the effective date when the statement *was* made, i.e., the date the prospectus (or an amendment) was filed.

40 Deuxièmement, la définition légale de l'expression « présentation inexacte des faits » utilise le passé dans le passage « eu égard aux circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite ». Selon les appelants, l'emploi du passé [TRADUCTION] « indique qu'une déclaration peut devoir être rectifiée ultérieurement » (m.a., par. 51). J'estime, cependant, que cet emploi du passé indique seulement que la date pertinente pour apprécier l'exactitude d'une déclaration est la date réelle à laquelle elle *a été* faite, c'est-à-dire la date de dépôt du prospectus (ou d'une modification).

Thirdly, the appellants rely on the phrase "if it was a misrepresentation at the time of purchase" but this reliance too, in my view, is misplaced. These are words of limitation designed to ensure that s. 130(1) does not impose civil liability for a representation that had become cured or corrected at the date of purchase. Suppose, for example, that

41 Troisièmement, les appelants s'appuient sur le passage « si celle-ci constituait une présentation inexacte des faits au moment de l'achat », mais j'estime qu'ils ne sont pas justifiés de le faire non plus. Il s'agit là de mots limitatifs destinés à assurer que le par. 130(1) n'impose pas une responsabilité civile pour une présentation des faits qui était

Danier owned an important patent on a process for working leather, and trumpeted this fact in its prospectus, inadvertently failing to disclose that a competitor had mounted a serious court challenge to the patent's validity. The Act gives the purchasers the benefit of "deemed" reliance. The existence of a serious court challenge would be a material fact. Yet if the challenge were settled or discontinued and the patent thus vindicated *before* the time of purchase, why should the omission attract damages or rescission? The answer, according to the language of s. 130(1), is that it does not.

42 The appellants' reliance on the common law as a guide to the interpretation of s. 130(1) is also unconvincing. The common law does not require a person selling shares to issue a prospectus. It does not define or distinguish between material facts and material changes. It does not create a scheme of compelled disclosure with its own requirements and limits on those requirements. It is the Act and not the common law that settles the policy.

43 In summary, when (as here) a prospectus (or an amendment) contains no misrepresentation *on the date the document is filed*, information amounting to material *facts* (but not material *changes*) that arises subsequently cannot support an action under s. 130(1). (Of course, if a material *change* arises during the period of distribution, failure to disclose this change as required by s. 57(1) could support an action under s. 130(1).) In the case at bar, however, the trial judge found that the intra-quarterly results were *not* a material change, and as will be explained, I agree with the trial judge in this regard. Such is the prospectus disclosure policy presently mandated by the Act and the courts are obliged to give effect to it. In contexts other than "prospectus misrepresentation", including regulatory or stock exchange oversight, a different policy may prevail, depending on the governing rules and

corrigée ou redevenue exacte au moment de l'achat. Supposons, par exemple, que Danier possédait un important brevet relatif à un procédé de travail du cuir, qu'elle le clamait haut et fort dans son prospectus et qu'elle a omis par inadvertance de mentionner qu'un concurrent contestait sérieusement la validité de ce brevet devant les tribunaux. La Loi considère, à l'avantage des acheteurs, que ceux-ci sont réputés s'être fiés à ce qui leur a été présenté. L'existence d'une contestation judiciaire sérieuse serait un fait important. Pourtant, si cette contestation était réglée ou abandonnée et que la validité du brevet était ainsi confirmée *avant* l'achat, pourquoi cette omission donnerait-elle ouverture à des dommages-intérêts ou à l'annulation? La réponse, selon le libellé du par. 130(1), est qu'elle ne le fait pas.

Le recours des appelants à la common law pour interpréter le par. 130 (1) n'est pas plus convaincant. La common law n'oblige pas la personne qui vend des actions à publier un prospectus. Elle ne définit pas les expressions « fait important » et « changement important » et n'établit aucune distinction entre elles. Elle ne crée pas un régime de divulgation forcée comportant ses propres exigences et des limites à ces exigences. C'est la Loi, et non la common law, qui établit la politique applicable.

Somme toute, lorsque (comme en l'espèce) un prospectus (ou une modification) ne comporte aucune présentation inexacte des faits *à la date du dépôt du document*, les renseignements constituant des *faits* importants (mais non des *changements* importants) qui apparaissent par la suite ne peuvent étayer une action fondée sur le par. 130(1). (Naturellement, si un *changement* important survient pendant la période de placement, l'omission de divulguer ce changement conformément au par. 57(1) pourrait justifier une action fondée sur le par. 130(1).) En l'espèce, toutefois, le juge de première instance a conclu que les résultats intratrimestriels *ne* constituaient *pas* un changement important et, comme je vais l'expliquer, je partage son opinion à cet égard. Telle est la politique de divulgation que la Loi prescrit actuellement à l'égard des prospectus, et les tribunaux sont tenus de l'appliquer. Dans

enactments. This appeal is concerned only with s. 130(1).

For the sake of completeness, I note that s. 130(1) was amended by the *Budget Measures Act (Fall), 2004*, S.O. 2004, c. 31, Sched. 34, s. 6, but the change is not material to the present appeal.

B. *Did the Courts Below Err in Failing to Find That the Intra-Quarterly Results Amounted to a Material Change?*

In an alternative argument, the appellants insist that the trial judge erred in failing to find that the intra-quarterly results constituted a "material change" that should have been disclosed pursuant to s. 57(1). For ease of reference, I repeat the definition of a "material change" in s. 1(1) of the Act:

> . . . a change in the business, operations or capital of the issuer that would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of any of the securities of the issuer . . . .

The appellants submit that "the change in the results of Danier's operations amounted to a material change" (A.F., at para. 56 (emphasis added)), but this submission conflates "operations" with "results of operations". The shortfall in sales noted on May 16, 1998 is properly characterized as "results of operations", a term which is now found in ss. 1(1), 3.9 and 138.1 of the Act. Again, the legislature could have included "results of operations" in the definition of "material change" if it had intended to cast the disclosure obligation so widely, but they did not.

The appellants rely in this respect on *Pezim*, at p. 600, where the Court agreed with the British

des contextes autres que la « présentation inexacte des faits dans un prospectus », dont celui d'un régime de surveillance réglementaire ou boursier, une politique différente peut s'appliquer, selon les règles et les textes législatifs applicables. Le présent pourvoi ne porte que sur le par. 130(1).

44 Par souci d'exhaustivité, je souligne que le par. 130(1) a été modifié par la *Loi de 2004 sur les mesures budgétaires (automne)*, L.O. 2004, ch. 31, ann. 34, art. 6, mais la modification apportée n'est pas pertinente dans le présent pourvoi.

B. *Les tribunaux inférieurs ont-ils commis une erreur en ne concluant pas que les résultats intratrimestriels constituaient un changement important?*

45 Subsidiairement, les appelants font valoir que le juge de première instance a commis une erreur en ne concluant pas que les résultats intratrimestriels constituaient un « changement important » qui aurait dû être divulgué conformément au par. 57(1). Pour en faciliter la consultation, je reproduis de nouveau la définition de « changement important » qui figure au par. 1(1) de la Loi :

> . . . un changement dans [l]es activités commerciales, [l']exploitation ou [le] capital [d'un émetteur], s'il est raisonnable de s'attendre à ce que ce changement ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des valeurs mobilières de cet émetteur. . .

Les appelants soutiennent que [TRADUCTION] « le changement dans les résultats d'exploitation de Danier constituait un changement important » (m.a., par. 56 (je souligne)), mais cet argument confond « exploitation » et « résultats d'exploitation ». Le ralentissement des ventes constaté le 16 mai 1998 est qualifié à juste titre de « résultat » ou « résultat d'exploitation », expression qui figure désormais au par. 1(1) et aux art. 3.9 et 138.1 de la Loi. Là encore, le législateur aurait pu inclure les « résultats d'exploitation » dans la définition de l'expression « changement important » s'il avait voulu donner un sens aussi large à l'obligation de divulgation, mais il ne l'a pas fait.

46 À cet égard, les appelants invoquent l'arrêt *Pezim*, p. 600, où la Cour a convenu avec la British

Columbia Securities Commission that "a change in assay and drilling results can amount to a material change depending on the circumstances". A change in assay or drilling results is itself a change in the issuer's "assets" (the term then used in the British Columbia *Securities Act*), but a change in intra-quarterly results is not itself a change in the issuer's business, operations or capital and, for that matter, does not necessarily signal that a material change has occurred. Sales often fluctuate (as here) in response to factors that are external to the issuer.

47 It almost goes without saying that poor intra-quarterly results may *reflect* a material change in business operations. A company that has, for example, restructured its operations may experience poor intra-quarterly results because of this restructuring, but it is the restructuring and not the results themselves that would amount to a material change and thus trigger the disclosure obligation. Additionally, poor intra-quarterly results may motivate a company to implement a change in its business, operations or capital in an effort to improve performance. Again, though, the disclosure obligation would be triggered by the change in the business, operations or capital, and not by the results themselves.

48 In the present case, there is no evidence that Danier made a change in its business, operations or capital during the period of distribution. It is not disputed that the revenue shortfall as of May 16 was caused by the unusually hot weather, a factor external to the issuer. Consequently, Danier experienced no material change that required disclosure and did not breach s. 57(1).

C. *Did the Forecast Contain an Implied Representation of Objective Reasonableness?*

49 The trial judge found that the forecast contained an implied representation of objective

Columbia Securities Commission qu'« un changement dans les résultats de titrage et de forage peut, selon les circonstances, constituer un changement important ». Un changement dans les résultats de titrage ou de forage constitue en soi un changement dans les « éléments d'actif » (« *assets* », terme alors employé dans la *Securities Act* de la Colombie-Britannique) de l'émetteur, mais un changement dans les résultats intratrimestriels ne constitue pas en soi un changement dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital de l'émetteur et, du reste, n'indique pas nécessairement qu'un tel changement s'est produit. Les ventes fluctuent souvent (comme c'est le cas en l'espèce) en raison de facteurs n'ayant rien à voir avec l'émetteur.

Il va presque sans dire que les piètres résultats intratrimestriels peuvent *refléter* un changement important dans l'exploitation commerciale. Une société qui, par exemple, a restructuré ses activités peut connaître de piètres résultats intratrimestriels en raison de cette restructuration, mais c'est la restructuration, et non les résultats eux-mêmes, qui constituerait un changement important et donnerait ainsi naissance à l'obligation de divulguer. De plus, de piètres résultats intratrimestriels peuvent inciter une entreprise à modifier ses activités commerciales, son exploitation ou son capital afin d'améliorer son rendement. Là encore, pourtant, l'obligation de divulguer prendrait naissance en raison du changement dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital, et non en raison des résultats eux-mêmes.

En l'espèce, rien ne prouve que Danier a effectué un changement dans ses activités commerciales, son exploitation ou son capital durant la période de placement. Personne ne conteste que le manque à gagner du 16 mai était dû au temps exceptionnellement chaud, un facteur n'ayant rien à voir avec l'émetteur. En conséquence, Danier n'a subi aucun changement important qui devait être divulgué, et elle n'a pas enfreint le par. 57(1).

C. *Les prévisions comportaient-elles une déclaration implicite de caractère objectivement raisonnable?*

Le juge de première instance a conclu que les prévisions comportaient une déclaration implicite

reasonableness that extended until closing on May 20. The Court of Appeal disagreed, holding that the forecast contained no implied representation of objective reasonableness in fact, and that none is implied as a matter of law. In my view, as a matter of *fact*, the forecast *did* carry an implied representation of objective reasonableness rooted in the language of the prospectus, but this implied representation extended only until the prospectus was receipted on May 6.

de caractère objectivement raisonnable qui s'est appliquée jusqu'à la clôture le 20 mai. La Cour d'appel n'était pas du même avis et a jugé que les prévisions ne comportaient aucune déclaration implicite de caractère objectivement raisonnable sur le plan des faits et qu'aucune déclaration de cette nature n'est implicite en droit. J'estime que, sur le plan des *faits*, les prévisions *comportaient* une déclaration implicite de caractère objectivement raisonnable enracinée dans le libellé du prospectus, mais que cette déclaration implicite s'appliquait seulement jusqu'au moment où on a accusé réception du prospectus le 6 mai.

The forecast was prepared as of April 2, and in the prospectus it is stated that "[t]he Forecast is based on assumptions that reflect management's best judgement of the most probable set of economic conditions and the Company's planned course of action as of April 2, 1998" (Final Prospectus, at p. 26). Likewise, the Auditors' Report, dated April 6, advises that "the assumptions developed by management are suitably supported and consistent with the plans of the Company, and provide a reasonable basis for the forecast" (*ibid.*). The prospectus further states that the assumptions were "considered reasonable by the Company at the time of preparation of the forecast" (p. 8) and that "[t]he Forecast has been prepared using generally accepted accounting principles" (p. 27). Significant assumptions are then listed. That is enough, it seems to me, for potential investors to infer not just that the forecast represents management's best judgment (as the Court of Appeal held), but also that management's judgment is based on facts and assumptions that reasonable business people in possession of the same information as Danier's management would reasonably regard as reliable for the purpose of a forecast.

50 Les prévisions étaient préparées le 2 avril, et le prospectus précisait que « [l]es prévisions sont fondées sur des hypothèses qui traduisent le meilleur jugement de la société sur la conjoncture économique la plus probable et le plan d'actions (*sic*) prévu de la société au 2 avril 1998 » (prospectus définitif, p. 31). De même, le rapport des vérificateurs daté du 6 avril signale que « les hypothèses formulées par la direction sont convenablement étayées et conformes aux plans de la société et constituent une base raisonnable pour les prévisions » (*ibid.*). On précise également, dans le prospectus, que ces hypothèses étaient « jugées raisonnables par la société au moment où elles ont été préparées » (p. 10) et que « [l]es prévisions ont été préparées conformément aux principes comptables généralement reconnus » (p. 32). Une liste des principales hypothèses est ensuite présentée. Cela suffit, me semble-t-il, pour que les investisseurs potentiels infèrent non seulement que les prévisions traduisent le meilleur jugement de la direction (comme l'a conclu la Cour d'appel), mais aussi que le jugement de la direction repose sur des faits et des hypothèses que des gens d'affaires raisonnables — disposant des mêmes renseignements que la direction de Danier — auraient raisonnablement tenus pour fiables pour faire des prévisions.

The forecast was not, however, put forward as objectively reasonable as of May 20 or, for that matter, as of any date after May 6. The prospectus stated that "[t]he financial reports issued by the Company to its shareholders during the forecast period will contain either a statement that there are

51 Les prévisions n'ont toutefois pas été présentées comme étant objectivement raisonnables en date du 20 mai ni, du reste, à aucune date après le 6 mai. Le prospectus indiquait que « [l]es rapports financiers émis par la société à ses actionnaires au cours de la période prévisionnelle contiendront soit

no significant changes to be made to the Forecast or a revised forecast accompanied by explanations of significant changes" (Final Prospectus, at p. 26), but no financial reports were issued to shareholders during the period of distribution. The prospectus did *not* promise that the forecast would be updated if and as soon as conditions changed. Potential investors should therefore have recognized that the forecast was just a snapshot of the company's prospects as of May 6. Accordingly, the trial judge, having found the forecast to be objectively reasonable as of May 6, erred in going on to evaluate the objective reasonableness of the forecast at the date of closing, and assessing damages for its perceived deficiencies as of that date.

une déclaration selon laquelle aucune modification importante ne doit être apportée aux prévisions, soit des prévisions révisées accompagnées d'explications des modifications importantes » (prospectus définitif, p. 31), mais aucun rapport financier n'a été émis aux actionnaires durant la période de placement. On *ne* promettait *pas*, dans le prospectus, de mettre à jour les prévisions si les conditions changeaient et dès qu'elles changeraient. Les investisseurs potentiels auraient donc dû reconnaître que les prévisions n'étaient qu'un instantané des perspectives qui s'offraient à la société en date du 6 mai. En conséquence, après avoir conclu que les prévisions étaient objectivement raisonnables en date du 6 mai, le juge de première instance a commis une erreur en appréciant ensuite le caractère objectivement raisonnable des prévisions à la date de clôture et en évaluant les dommages-intérêts pour leurs lacunes apparentes à cette date.

D. *Does the Business Judgment Rule Have any Application to the Disclosure Requirements Under Sections 56 to 58 of the Securities Act?*

D. *La règle de l'appréciation commerciale s'applique-t-elle aux exigences de divulgation prévues aux art. 56 à 58 de la Loi sur les valeurs mobilières?*

52 The respondents invoke the Business Judgment Rule. The Court of Appeal held that the trial judge had paid insufficient deference to management's expertise in forecasting sales based on years of hands-on retail experience. At para. 165, the Court of Appeal said:

> The trial judge's point of view is necessarily a retrospective one. By contrast, the point of view of Wortsman and Tatoff was a prospective one, informed by the circumstances as they were on May 20. Their view might have been an optimistic one, but it was not unreasonable in the sense that it was outside a range of reasonable views of Danier's situation at that time.

Accordingly, in that court's view, there was no breach of any implied assertion of "objective reasonableness" as of May 20. Thus, even if (which they doubted) there was such an implied assertion, no follow-up disclosure obligation was triggered. For the reasons already stated, I accept that as of

Les intimés invoquent la règle de l'appréciation commerciale. La Cour d'appel a statué que le juge de première instance n'avait pas suffisamment fait montre de déférence à l'égard de l'expertise que la direction possédait en matière de prévisions de ventes grâce à des années d'expérience pratique dans le commerce au détail. La Cour d'appel a affirmé ceci, au par. 165 :

> [TRADUCTION] Le point de vue du juge de première instance est nécessairement rétrospectif. En revanche, le point de vue de MM. Wortsman et Tatoff était prospectif et fondé sur les circonstances qui existaient le 20 mai. Il se pourrait que leur point de vue ait été optimiste, mais il n'était pas déraisonnable en ce sens qu'il s'écartait d'une série de perceptions raisonnables de la situation de Danier à l'époque.

En conséquence, cette cour estimait qu'il n'y avait aucun manquement à une déclaration implicite de « caractère objectivement raisonnable » en date du 20 mai. Donc, même si une telle déclaration implicite existait (ce dont la cour doutait), aucune obligation de divulgation complémentaire ne prenait

May 6 (the date of receipt) there was an implied assertion by the issuer of objective reasonableness. The trial judge found the assertion to be true as of May 6. End of argument.

However, even if the situation is to be considered as of May 20, as contended for by the appellants (a faulty approach, as already stated), the trial judge still erred in finding that the implied assertion was incorrect as of the closing date. The respondents' expert had testified that the forecast remained objectively reasonable as of May 20, and neither of the appellants' experts testified to the contrary. The trial judge failed to provide any persuasive reasons to reject the unchallenged expert testimony on that point. His finding in that respect "can properly be characterized as 'unreasonable' or 'unsupported by the evidence'": *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at para. 56.

On the broader legal proposition, however, I agree with the appellants that while forecasting is a matter of business judgment, disclosure is a matter of legal obligation. The Business Judgment Rule is a concept well-developed in the context of *business* decisions but should not be used to qualify or undermine the duty of disclosure. The Business Judgment Rule was well stated by Weiler J.A. in *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177 (C.A.):

> The court looks to see that the directors made a reasonable decision not a perfect decision. Provided the decision taken is within a range of reasonableness, the court ought not to substitute its opinion for that of the board even though subsequent events may have cast doubt on the board's determination. As long as the directors have selected one of several reasonable alternatives, deference is accorded to the board's decision . . . . [Emphasis deleted; p. 192.]

I do not agree with the respondents that the Business Judgment Rule, thus formulated, applies

naissance. Pour les raisons déjà mentionnées, je reconnais qu'au 6 mai (date de l'accusé de réception) il existait, de la part de l'émetteur, une déclaration implicite de caractère objectivement raisonnable. Le juge de première instance a conclu que cette déclaration était vraie en date du 6 mai. Un point c'est tout.

53 Toutefois, même s'il faut tenir compte de la situation en date du 20 mai, comme le soutiennent les appelants (ce qui est erroné, comme je l'ai dit plus tôt), le juge de première instance a tout de même commis une erreur en concluant que la déclaration implicite était inexacte à la date de clôture. L'expert des intimés a affirmé que les prévisions étaient toujours objectivement raisonnables le 20 mai, et aucun expert des appelants n'a affirmé le contraire dans son témoignage. Le juge de première instance n'a exposé aucun motif convaincant de rejeter le témoignage d'expert non contesté à ce sujet. Sa conclusion à cet égard « peu[t] véritablement être qualifié[e] de "déraisonnabl[e]" ou de "non étayé[e] par la preuve" » : *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 56.

54 Sur le plan juridique général, je conviens toutefois avec les appelants que, bien que les prévisions soient une question d'appréciation commerciale, la divulgation est une question d'obligation légale. La règle de l'appréciation commerciale est une notion bien établie dans le contexte des décisions *d'affaires*, mais elle ne doit pas servir à atténuer ou à miner l'obligation de divulgation. Dans l'arrêt *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177 (C.A.), la juge Weiler a bien exposé la règle de l'appréciation commerciale :

> [TRADUCTION] Le tribunal examine si les administrateurs ont pris une décision raisonnable et non pas la meilleure décision. Dès lors que la décision prise conserve un caractère raisonnable, le tribunal ne devrait pas substituer son avis à celui du conseil, même si les événements ultérieurs peuvent avoir jeté le doute sur la décision du conseil. Dans la mesure où les administrateurs ont choisi l'une des diverses solutions raisonnables qui s'offraient, la retenue est de mise à l'égard de la décision du conseil. . . [Italiques omis; p. 192.]

55 Je ne suis pas d'accord avec les intimés pour dire que la règle de l'appréciation commerciale, ainsi

here. This is not to say that the expertise of Wortsman and Tatoff was not relevant to an analysis of the events leading up to the May 20 closing. If, contrary to my view, a disclosure obligation had arisen as the appellants contend, management would have been required to disclose the fourth quarter slump in sales but management could have announced with confidence that in its business judgment the forecast would nevertheless be met by the company's financial year end. Potential investors would have the current facts and might accept or not management's business judgment about the future outcome. However, the disclosure requirements under the Act are not to be subordinated to the exercise of business judgment. I do not believe the Court of Appeal intended to say otherwise, although its treatment of the "objective reasonableness" issue arguably had that effect in this case. It is for the legislature and the courts, not business management, to set the legal disclosure requirements.

56 In *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, [2004] 3 S.C.R. 461, 2004 SCC 68, for example, a decision by management to implement a joint inventory procurement policy was challenged. In holding that management's decision was reasonable, the Court explained the judicial role in the context of that particular business decision as follows:

> Courts are ill-suited and should be reluctant to second-guess the application of business expertise to the considerations that are involved in corporate decision making, but they are capable, on the facts of any case, of determining whether an appropriate degree of prudence and diligence was brought to bear in reaching what is claimed to be a reasonable business decision at the time it was made. [Emphasis added; para. 67.]

The O.S.C. in its argument stated with apparent confidence that "[t]he business judgment rule has never been applied in relation to securities disclosure generally or, more particularly, to forecasts

formulée, s'applique en l'espèce. Cela ne signifie pas que l'expertise de MM. Wortsman et Tatoff n'était pas utile pour analyser les événements ayant mené à la clôture du 20 mai. Si, contrairement à ce que je pense, une obligation de divulgation avait pris naissance, comme le prétendent les appelants, la direction aurait été tenue de divulguer le ralentissement des ventes du quatrième trimestre, mais elle aurait pu annoncer avec confiance que, selon son sens des affaires, les prévisions seraient néanmoins réalisées à la fin de son exercice. Les investisseurs potentiels auraient été au courant de la situation qui prévalait et auraient alors pu accepter ou rejeter l'appréciation commerciale de la société quant à la suite des événements. Toutefois, les exigences de divulgation de la Loi ne doivent pas être subordonnées à l'appréciation commerciale. Je ne crois pas que la Cour d'appel a voulu affirmer le contraire, bien que la façon dont elle a traité la question du « caractère objectivement raisonnable » ait pu avoir cet effet en l'espèce. Il appartient au législateur et aux tribunaux, et non aux dirigeants d'entreprises, d'établir les exigences juridiques en matière de divulgation.

Par exemple, dans l'arrêt *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68, la décision de la direction de mettre en œuvre une politique d'approvisionnement commun a été contestée. En concluant que la décision de la direction était raisonnable, la Cour a expliqué en ces termes le rôle que les tribunaux doivent jouer dans le contexte de cette décision d'affaires particulière :

> Les tribunaux ne doivent pas substituer leur opinion à celle des administrateurs qui ont utilisé leur expertise commerciale pour évaluer les considérations qui entrent dans la prise de décisions des sociétés. Ils sont toutefois en mesure d'établir, à partir des faits de chaque cas, si l'on a exercé le degré de prudence et de diligence nécessaire pour en arriver à ce qu'on prétend être une décision d'affaires raisonnable au moment où elle a été prise. [Je souligne; par. 67.]

Dans son argumentation, la CVMO a déclaré avec une assurance manifeste que [TRADUCTION] « [l]a règle de l'appréciation commerciale n'a jamais été appliquée à la question de la divulgation relative

contained in a prospectus" (O.S.C. Factum, at para. 2).

In *Re Anderson, Clayton Shareholders' Litigation*, 519 A.2d 669 (1986), the Court of Chancery of Delaware declined to apply the business judgment rule to determine whether accurate disclosure had been made to shareholders in proxy disclosures and supplemental disclosures, stating:

> . . . one of the underlying reasons for the great deference the business judgment rule carries with it, is not present in a setting of this kind. The quality of disclosure is inherently something that the court itself must ultimately evaluate. [p. 675]

The traditional justifications for the rule argue against its application here. It is said, truly enough, that judges are less expert than managers in making business decisions. Moreover, business decisions often involve choosing from amongst a range of alternatives. In order to maximize returns for shareholders, managers should be free to take reasonable risks without having to worry that their business choices will later be second-guessed by judges. These justifications — based on *relative expertise*, and on the need to support *reasonable risk-taking* — do not apply to disclosure decisions. Agreement with the appellants on this point, while it is an important point, does not change the outcome of the appeal. The appellants' argument had already suffered two fatal blows before arriving at this point. The appeal on liability must still be dismissed.

E. *Did the Trial Judge Err in the Manner in Which He Calculated Damages?*

In light of the conclusion that the appellants' class action must be dismissed, it becomes unnecessary to address the appellants' arguments on damages.

aux valeurs mobilières en général, ou, plus particulièrement, à celle des prévisions figurant dans un prospectus » (mémoire de la CVMO, par. 2).

57 Dans la décision *Re Anderson, Clayton Shareholders' Litigation*, 519 A.2d 669 (1986), la Court of Chancery du Delaware a refusé d'appliquer la règle de l'appréciation commerciale pour déterminer si les actionnaires avait obtenu une divulgation fidèle lors de divulgations de procuration et de divulgations complémentaires, affirmant ceci :

> [TRADUCTION] . . . l'une des raisons fondamentales pour lesquelles la règle de l'appréciation commerciale appelle une grande déférence n'est pas présente dans ce type de circonstances. La qualité de la divulgation est en soi un élément qui, en définitive, relève de l'appréciation de la cour elle-même. [p. 675]

58 Les justifications traditionnelles de la règle militent contre son application en l'espèce. On affirme, à juste titre, que les juges s'y connaissent moins que les directeurs pour prendre des décisions d'affaires. En outre, les décisions d'affaires comportent souvent un choix parmi une gamme de solutions. Pour maximiser le rendement des actions, les directeurs doivent être libres de prendre des risques raisonnables sans craindre que les tribunaux remettent par la suite en question les choix qu'ils ont faits sur le plan commercial. Ces justifications — fondées sur l'*expertise relative* et sur la nécessité de favoriser la *prise de risques raisonnables* — ne s'appliquent pas aux décisions en matière de divulgation. Le fait d'être d'accord avec les appelants sur ce point, si important soit-il, ne change rien à l'issue du présent pourvoi. L'argumentation des appelants avait déjà subi deux coups fatals avant d'en arriver là. L'appel sur la question de la responsabilité doit toujours être rejeté.

E. *Le juge de première instance a-t-il commis une erreur dans sa façon de calculer les dommages-intérêts?*

59 Compte tenu de la conclusion selon laquelle le recours collectif des appelants doit être rejeté, il n'est plus nécessaire d'examiner l'argumentation des appelants relative aux dommages-intérêts.

VII. Costs

60 The appellant Durst argued that the Court of Appeal erred as a matter of law in awarding costs against him as the representative plaintiff because of its misinterpretation of s. 31(1) of the *Class Proceedings Act, 1992*. Quite apart from s. 31(1), he says, general concerns about access to justice justified a departure from the usual rule that costs follow the event. The Court of Appeal, in effect, held that there was no more reason in this case for the successful defendants to carry the full costs of the defence than in any other commercial litigation.

61 The costs of the proceedings in the courts below were very much in the discretion of the Court of Appeal: *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 131. I would not interfere with its disposition.

62 There is no doubt that the representative plaintiff, Mr. Durst, was outraged by what he regarded as the devious conduct of the respondents, and considered that it was in the public interest to call them to account. Nevertheless, he also has a major personal financial interest in the outcome. He purchased 222,600 shares in Danier's IPO and made a profit of approximately $1.5 million when he sold these shares. If the trial judgment had not been reversed on appeal, he would also have recovered an additional $518,410 by way of damages. He acknowledged that he was a person of substance, with an investment portfolio in the range of $11-22 million. (Although put forward as potential representative plaintiffs, the certification judge considered the appellants Douglas Kerr and S. Grace Kerr unacceptable in that role because Ms. Kerr was a partner in the law firm seeking to be class counsel ((2001), 19 B.L.R. (3d) 254, at para. 68) and that "[a]s a general principle, it is best that there is no appearance of impropriety. In this situation, there is the perception of a potential for abuse by class counsel through acting in their own self-interest rather than in the interests of the class" (para. 72). Accordingly, "the Kerrs are not approved as

VII. Dépens

L'appelant Durst a soutenu que la Cour d'appel a commis une erreur de droit en le condamnant aux dépens en sa qualité de représentant des demandeurs, en raison de sa mauvaise interprétation du par. 31(1) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*. Indépendamment du par. 31(1), dit-il, des préoccupations générales concernant l'accès à la justice justifiaient une dérogation à la règle habituelle voulant que les dépens suivent l'issue de la cause. La Cour d'appel a, en fait, conclu qu'il n'y avait pas plus de raison en l'espèce que dans n'importe quel autre litige de nature commerciale que les défendeurs ayant eu gain de cause supportent tous les coûts de la défense.

Les dépens devant les juridictions inférieures relevaient largement du pouvoir discrétionnaire de la Cour d'appel : *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 131. Je suis d'avis de ne pas modifier la décision de la Cour d'appel.

Il ne fait aucun doute que le représentant des demandeurs, M. Durst, a été indigné par ce qu'il considérait comme le comportement sournois des intimés et qu'il estimait qu'il était dans l'intérêt public de leur demander des comptes. Cependant, il a aussi personnellement un intérêt financier important dans l'issue de l'affaire. Il a acheté 222 600 actions lors du PAPE de Danier et il a réalisé un profit d'environ 1,5 million de dollars lorsqu'il les a vendues. Si le jugement de première instance n'avait pas été infirmé en appel, il aurait aussi touché 518 410 $ à titre de dommages-intérêts. Monsieur Durst a admis qu'il était un homme riche et qu'il détenait un portefeuille d'environ 11 à 22 millions de dollars. (Bien que les appelants Douglas Kerr et S. Grace Kerr aient été proposés comme représentants potentiels des demandeurs, le juge chargé d'autoriser le recours collectif a considéré qu'ils ne pouvaient pas remplir cette fonction du fait que M^me^ Kerr était une associée du cabinet d'avocats qui cherchait à représenter le groupe ((2001), 19 B.L.R. (3d) 254, par. 68) et que [TRADUCTION] « [e]n règle générale, il est préférable qu'il n'y ait aucune apparence d'irrégularité. Dans ce cas, on perçoit un risque d'abus de la part de l'avocat

representative plaintiffs. Mr. [D]urst is approved as the sole representative plaintiff" (para. 73).)

There is nothing to be criticized in any of this. The trial judge noted that the costs incurred by Mr. Durst in this litigation outweighed any personal financial benefit. However, protracted litigation has become the sport of kings in the sense that only kings or equivalent can afford it. Those who inflict it on others in the hope of significant personal gain and fail can generally expect adverse cost consequences.

The appellants are correct to point out that there is a strong public interest in setting the rules of adequate disclosure by issuers prior to closing, that indeed proper disclosure is the heart and soul of the securities regulations across Canada. However, regard must also be had to the situation of the respondents/defendants who have incurred the costs of a 44-day trial and 5 days in the Court of Appeal and one day here to defend themselves against serious allegations, and who in this instance have prevailed.

Section 31(1) of the *Class Proceedings Act, 1992*, provides:

> **31.**—(1) In exercising its discretion with respect to costs under subsection 131 (1) of the *Courts of Justice Act*, the court may consider whether the class proceeding was a test case, raised a novel point of law or involved a matter of public interest.

It has not been established that this is a "test case" in the conventional sense of a case selected to resolve a legal issue applicable to other pending or anticipated litigation. Nor have the appellants raised a "novel point of law". As we have seen, the heart of the case is simply a shareholder dispute over a lot of money requiring the application of well-settled principles of statutory interpretation to

du groupe qui pourrait agir dans son propre intérêt plutôt que dans celui du groupe » (par. 72). En conséquence, [TRADUCTION] « les Kerr ne sont pas autorisés à agir comme représentants des demandeurs. Monsieur [D]urst est désigné comme seul représentant des demandeurs » (par. 73).)

63 Il n'y a rien à redire à ce sujet. Le juge de première instance a souligné que les frais engagés par M. Durst dans le présent litige l'emportaient sur tout avantage financier personnel. Toutefois, les litiges interminables sont devenus un sport de roi en ce sens que seuls les rois ou autres personnes bien nanties comme eux peuvent se les payer. Les personnes qui intentent sans succès de telles poursuites contre autrui dans l'espoir d'en tirer un gain personnel important peuvent s'attendre à subir des conséquences négatives sur le plan des dépens.

64 Les appelants ont raison de souligner qu'il est clairement dans l'intérêt public de fixer les règles de divulgation suffisante par les émetteurs avant la clôture, et que la divulgation suffisante est en fait au cœur de la réglementation des valeurs mobilières au Canada. Toutefois, il faut aussi tenir compte de la situation des intimés/défendeurs qui ont engagé des frais pour répondre à de graves allégations lors de procédures qui ont duré 44 jours en première instance, cinq en Cour d'appel et un devant notre Cour, et qui, en l'espèce, l'ont emporté.

65 Le paragraphe 31(1) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* prévoit ceci :

> **31** (1) Le tribunal peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'adjudication des dépens visé au paragraphe 131 (1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, examiner si le recours collectif était une cause type, soulevait un nouveau point de droit ou posait une question d'intérêt public.

On n'a pas établi que la présente affaire est une « cause type » dans le sens classique d'une cause sélectionnée pour résoudre une question de droit applicable à d'autres litiges en cours ou présagés. Les appelants n'ont pas soulevé non plus un « nouveau point de droit ». Comme nous l'avons vu, il est essentiellement question en l'espèce d'un différend d'actionnaires portant sur une somme d'argent

particular legislative provisions. This is the usual fodder of commercial litigation (see generally *Gariepy v. Shell Oil Co.* (2002), 23 C.P.C. (5th) 393 (Ont. S.C.J.), aff'd [2004] O.J. No. 5309 (QL) (Div. Ct.), at para. 8; *Moyes v. Fortune Financial Corp.* (2002), 61 O.R. (3d) 770 (S.C.J.), at paras. 4-5).

66 While counsel for the appellants have put before the Court exhaustive research into the U.S. jurisprudence on different variants of statutory language, and have said what could be said on their clients' behalf, the proper interpretation of s. 130(1) of the Ontario Act has from the outset been the time bomb ticking under their case. The respondents attempted to have this issue determined in their favour on a motion for summary judgment heard in December 2000 but were unsuccessful. The result was a very expensive piece of shareholder litigation, but there is no magic in the form of a class action proceeding that should in this case deprive the respondents of their costs. The language of s. 31(1) is permissive.

67 The *Class Proceedings Act, 1992* uses the expression "matter of public interest" in s. 31(1) in the sense of a matter that involves "either issues of broad public importance or persons who are historically disadvantaged in society" (M. M. Orkin, *The Law of Costs* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at §208.2.1 (footnote omitted)). The appellants contend that the present case raises a matter of public interest, indeed they say that this may well be "the first Canadian case to consider statutory prospectus misrepresentation" (Supp. A.F., at para. 1). However, this is a dispute where private commercial interests predominated.

68 We are certainly not dealing with people on either side who are historically disadvantaged. Nor, as the Court of Appeal noted, "is it a contest characterized by significant power imbalance"

considérable et nécessitant l'application de principes bien établis d'interprétation législative à des dispositions précises. Tel est le scénario de la plupart des litiges commerciaux (voir, de façon générale, *Gariepy c. Shell Oil Co.* (2002), 23 C.P.C. (5th) 393 (C.S.J. Ont.), conf. par [2004] O.J. No. 5309 (QL) (C. div.), par. 8; *Moyes c. Fortune Financial Corp.* (2002), 61 O.R. (3d) 770 (C.S.J.), par. 4-5).

Bien que les avocats des appelants aient présenté à la Cour les résultats de recherches approfondies effectuées dans la jurisprudence américaine portant sur diverses variantes de dispositions législatives et qu'ils aient dit ce qui pouvait être dit au nom de leurs clients, l'interprétation correcte du par. 130(1) de la loi ontarienne constitue depuis le début la bombe à retardement qui risque de faire voler leur thèse en éclats. Les intimés ont tenté en vain de faire trancher la question en leur faveur au moyen d'une motion visant à obtenir un jugement sommaire qui a été entendue en décembre 2000. Il en est résulté un litige d'actionnaires très coûteux, mais il n'y a rien de magique dans la forme du recours collectif qui, en l'espèce, devrait priver les intimés de leurs dépens. Le libellé du 31(1) est de nature facultative.

Le paragraphe 31(1) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* utilise l'expression « question d'intérêt public » dans le sens d'une affaire mettant en cause [TRADUCTION] « soit des questions de grande importance pour le public, soit des personnes historiquement défavorisées dans la société » (M. M. Orkin, *The Law of Costs* (2e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, § 208.2.1 (note en bas de page omise)). Les appelants soutiennent que la présente affaire soulève une question d'intérêt public : en fait, ils disent qu'il peut bien s'agir [TRADUCTION] « du premier litige canadien portant sur la présentation inexacte des faits dans un prospectus au sens de la loi » (m.a. suppl., par. 1). Toutefois, il s'agit d'un différend où il a été avant tout question d'intérêts commerciaux privés.

Nous ne sommes sûrement pas en présence ici de parties qui sont historiquement défavorisées. Il ne s'agit pas non plus, comme l'a souligné la Cour d'appel, [TRADUCTION] « d'un différend caractérisé

((2006), 20 B.L.R. (4th) 1, at para. 6). Though many Canadians are investors and the resolution of the present dispute will affect future actions for prospectus misrepresentation, the Court of Appeal rightly concluded that this is, in essence, "a commercial dispute between sophisticated commercial actors who are well resourced" (para. 6). If anything, converting an ordinary piece of commercial litigation into a class proceeding may be seen by some observers simply as an *in terrorem* strategy to try to force a settlement. Be that as it may, Mr. Durst was well aware that as a representative plaintiff he ran the risk of being held solely responsible for the defendants' costs if the action failed. He gambled on his interpretation of s. 130(1) and lost.

Nor do general concerns about access to justice warrant a departure from the usual cost consequences in this case. While I agree with counsel for the appellants that "[a]n award of costs that exceeds or outweighs the potential benefits of litigation raises access to justice issues" (Supp. A.F., at para. 39), it should not be assumed that class proceedings invariably engage access to justice concerns to an extent sufficient to justify withholding costs from the successful party. I agree with the observation of Nordheimer J. in *Gariepy* that caution must be exercised not to stereotype class proceedings. "[T]he David against Goliath scenario" he writes, "does not necessarily represent an accurate portrayal of the real conflict" (para. 6). Class actions have become a staple of shareholder litigation. The Court of Appeal took the view that this case is a piece of Bay Street litigation that was well run and well financed on both sides. Success would have reaped substantial rewards for the representative plaintiff and his counsel. He put the representative respondents to enormous expense and I see no error in principle that would justify our intervention in the discretionary costs order made against him by the Court of Appeal.

par une inégalité importante du rapport de force » ((2006), 20 B.L.R. (4th) 1, par. 6). Même si de nombreux Canadiens sont des investisseurs et que le règlement du présent litige aura une incidence sur les futures actions pour présentation inexacte des faits dans un prospectus, la Cour d'appel a eu raison de conclure qu'il s'agit essentiellement d'un [TRADUCTION] « différend commercial opposant des acteurs commerciaux avertis et bien nantis » (para. 6). À vrai dire, transformer un litige commercial ordinaire en un recours collectif peut être perçu par certains observateurs comme une stratégie *in terrorem* destinée à forcer un règlement. Quoi qu'il en soit, M. Durst savait très bien qu'à titre de représentant des demandeurs il risquait d'être tenu seul responsable des dépens des défendeurs si le recours échouait. Il a misé sur son interprétation du par. 130(1) et il a perdu.

69 De plus, aucune préoccupation générale concernant l'accès à la justice ne justifie en l'espèce d'échapper aux conséquences habituelles en matière de dépens. Bien que je convienne avec les avocats des appelants que [TRADUCTION] « [l]'attribution de dépens qui excèdent les effets bénéfiques potentiel du litige soulève des questions d'accès à la justice » (m.a. suppl., par. 39), on ne devrait pas présumer qu'un recours collectif suscite toujours suffisamment de préoccupations d'accès à la justice pour justifier de ne pas accorder de dépens à la partie qui obtient gain de cause. Je souscris à la remarque du juge Nordheimer dans la décision *Gariepy*, selon laquelle il faut se garder de stéréotyper les recours collectifs. [TRADUCTION] « [L]e scénario de David contre Goliath », écrit-il, « ne constitue pas nécessairement une représentation fidèle du conflit réel » (par. 6). Les recours collectifs occupent désormais une place importante dans les litiges d'actionnaires. La Cour d'appel a jugé que la présente affaire constitue un litige boursier (Bay Street) qui a été bien géré et bien financé de part et d'autre. Le représentant des demandeurs et son avocat auraient récolté gros s'ils avaient eu gain de cause. Il a obligé les intimés à engager de grosses dépenses, et je ne vois aucune erreur de principe qui puisse justifier notre Cour à modifier l'ordonnance discrétionnaire relative aux dépens que la Cour d'appel a rendue contre lui.

70 By the time it reached this Court, the case had narrowed to a half-day argument about statutory interpretation. The legal issue is important, as is required for leave to be granted under s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, but the circumstances already discussed do not justify our Court in departing from the usual rule that costs follow the result.

71 In the Court of Appeal, the costs were awarded only against the then respondent Durst. In this Court, the respondents claim costs only against the appellant Durst. It appears from the material before us that the appellants Douglas Kerr and S. Grace Kerr took no active role in the appeal to this Court. Yet, the appellants' supplementary factum speaks of costs for or against "the appellants" (plural) (para. 8). On this record, costs should be awarded against the respondent Durst only, with leave to Durst, if he contends that the costs order should go against the Kerrs as well, to apply in writing to the Court for a variation of the costs order to include the Kerrs within 30 days from the date of this judgment.

VIII. Disposition

72 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs against the appellant Durst with leave to Durst to apply to extend the costs order to include the appellants Douglas Kerr and S. Grace Kerr within 30 days of this date.

APPENDIX

Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5 (all provisions as they were in 1998)

1.—(1) In this Act,

. . .

Au moment où l'affaire est parvenue devant notre Cour, les procédures n'ont consisté qu'en une demi-journée de plaidoirie sur l'interprétation législative. La question de droit est importante, comme ce doit être le cas pour que l'autorisation d'appel soit accordée en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, mais les circonstances analysées plus haut ne justifient pas que notre Cour déroge à la règle habituelle voulant que les dépens suivent l'issue de la cause.

La Cour d'appel a condamné aux dépens M. Durst seulement, qui était alors intimé. Devant notre Cour, les intimés demandent que seul l'appelant Durst soit condamné aux dépens. Il ressort des documents qui nous ont été soumis que les appelants Douglas Kerr et S. Grace Kerr n'ont pas participé activement au pourvoi devant notre Cour. Pourtant, dans le mémoire supplémentaire des appelants, on parle d'attribution de dépens aux « appelants » (au pluriel) ou de condamnation de ceux-ci aux dépens (par. 8). À la lumière du présent dossier, il y a lieu de condamner aux dépens l'intimé Durst seulement, en autorisant ce dernier à demander par écrit à la Cour de modifier l'ordonnance relative aux dépens dans les 30 jours suivant la date du présent jugement, s'il estime que les Kerr devraient eux aussi être condamnés aux dépens.

VIII. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens contre l'appelant Durst, et d'autoriser ce dernier à demander, dans les 30 jours suivant la date du présent jugement, d'élargir la portée de l'ordonnance relative aux dépens pour qu'elle s'applique également aux appelants Douglas Kerr et S. Grace Kerr.

ANNEXE

Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5 (dispositions en vigueur en 1998)

1 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

"material change", where used in relation to the affairs of an issuer, means a change in the business, operations or capital of the issuer that would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of any of the securities of the issuer and includes a decision to implement such a change made by the board of directors of the issuer or by senior management of the issuer who believe that confirmation of the decision by the board of directors is probable;

« changement important » Dans le contexte des affaires d'un émetteur, s'entend d'un changement dans ses activités commerciales, son exploitation ou son capital, s'il est raisonnable de s'attendre à ce que ce changement ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des valeurs mobilières de cet émetteur. La présente définition inclut la décision d'effectuer un tel changement, prise par le conseil d'administration de l'émetteur ou par la direction générale de l'émetteur, si celle-ci estime que cette décision sera probablement approuvée par le conseil d'administration.

. . .

"material fact", where used in relation to securities issued or proposed to be issued, means a fact that significantly affects, or would reasonably be expected to have a significant effect on, the market price or value of such securities;

« fait important » Dans le contexte de valeurs mobilières qui ont été émises ou dont l'émission est projetée, s'entend d'un fait qui a un effet significatif sur le cours ou la valeur de ces valeurs mobilières ou dont il est raisonnable de s'attendre qu'il aura cet effet.

. . .

"misrepresentation" means,

(a) an untrue statement of material fact, or

(b) an omission to state a material fact that is required to be stated or that is necessary to make a statement not misleading in the light of the circumstances in which it was made;

« présentation inexacte des faits » S'entend, selon le cas :

a) d'une déclaration erronée au sujet d'un fait important,

b) de l'omission de relater un fait important dont la déclaration est requise ou nécessaire pour que la déclaration ne soit pas trompeuse, eu égard aux circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite.

. . .

. . .

56.—(1) A prospectus shall provide full, true and plain disclosure of all material facts relating to the securities issued or proposed to be distributed and shall comply with the requirements of Ontario securities law.

56 (1) Un prospectus doit divulguer complètement, fidèlement et clairement tous les faits pertinents se rapportant aux valeurs mobilières qui ont été émises ou dont le placement est envisagé et être conforme aux exigences du droit ontarien des valeurs mobilières.

57.—(1) Subject to subsection (2), where a material adverse change occurs after a receipt is obtained for a preliminary prospectus filed in accordance with subsection 53 (1) and before the receipt for the prospectus is obtained or, where a material change occurs after the receipt for the prospectus is obtained but prior to the completion of the distribution under such prospectus, an amendment to such preliminary prospectus or prospectus, as the case may be, shall be filed as soon as

57 (1) Sous réserve du paragraphe (2), si un changement important, pouvant avoir des conséquences défavorables, survient après que le directeur a accusé réception d'un prospectus provisoire déposé aux termes du paragraphe 53 (1) mais avant qu'il ait accusé réception du prospectus ou, si un changement important survient après que le directeur a accusé réception du prospectus mais avant que le placement visé par ce prospectus soit effectué, une modification à ce prospectus provisoire ou

practicable and in any event within ten days after the change occurs.

. . .

58.—(1) Subject to subsection (3) of this section and subsection 63 (2), a prospectus filed under subsection 53 (1) or subsection 62 (1) shall contain a certificate in the following form, signed by the chief executive officer, the chief financial officer, and, on behalf of the board of directors, any two directors of the issuer, other than the foregoing, duly authorized to sign, and any person or company who is a promoter of the issuer:

The foregoing constitutes full, true and plain disclosure of all material facts relating to the securities offered by this prospectus as required by Part XV of the Securities Act and the regulations thereunder.

. . .

130.—(1) Where a prospectus together with any amendment to the prospectus contains a misrepresentation, a purchaser who purchases a security offered thereby during the period of distribution or distribution to the public shall be deemed to have relied on such misrepresentation if it was a misrepresentation at the time of purchase and has a right of action for damages against,

(a) the issuer or a selling security holder on whose behalf the distribution is made;

(b) each underwriter of the securities who is required to sign the certificate required by section 59;

(c) every director of the issuer at the time the prospectus or the amendment to the prospectus was filed;

(d) every person or company whose consent has been filed pursuant to a requirement of the regulations but only with respect to reports, opinions or statements that have been made by them; and

(e) every person or company who signed the prospectus or the amendment to the prospectus

à ce prospectus, selon le cas, doit être déposée le plus tôt possible et, dans tous les cas, dans les dix jours suivant la date du changement intervenu.

. . .

58 (1) Sous réserve du paragraphe (3) du présent article et du paragraphe 63 (2), un prospectus déposé aux termes du paragraphe 53 (1) ou du paragraphe 62 (1) doit comprendre une attestation rédigée selon la formule suivante et signée par le directeur général, le directeur des services financiers et, au nom du conseil d'administration, par deux administrateurs de l'émetteur, à l'exclusion des deux personnes précitées, dûment autorisés à signer, ainsi que par toute personne ou compagnie qui est un promoteur de l'émetteur :

Le texte qui figure ci-dessus constitue un exposé complet, fidèle et clair de tous les faits importants se rapportant aux valeurs mobilières offertes par ce prospectus, comme l'exigent la partie XV de la Loi sur les valeurs mobilières et les règlements pris en application de celle-ci.

. . .

130 (1) En cas de présentation inexacte des faits dans un prospectus et ses modifications, l'acheteur qui achète des valeurs mobilières offertes par ce prospectus au cours de la période de placement ou de placement dans le public est réputé s'être fié à cette présentation inexacte des faits si celle-ci constituait une présentation inexacte des faits au moment de l'achat et il peut intenter une action en dommages-intérêts contre les personnes suivantes :

a) l'émetteur ou le détenteur qui a vendu les valeurs mobilières et au nom de qui le placement est effectué;

b) chaque souscripteur à forfait des valeurs mobilières tenu de signer l'attestation prévue à l'article 59;

c) les administrateurs de l'émetteur en poste à la date du dépôt du prospectus ou de ses modifications;

d) les personnes ou les compagnies qui ont déposé le consentement exigé par les règlements, mais uniquement à l'égard de leurs rapports, opinions ou déclarations;

e) les personnes ou les compagnies qui ont signé le prospectus ou ses modifications, autres que

other than the persons or companies included in clauses (a) to (d),

or, where the purchaser purchased the security from a person or company referred to in clause (a) or (b) or from another underwriter of the securities, the purchaser may elect to exercise a right of rescission against such person, company or underwriter, in which case the purchaser shall have no right of action for damages against such person, company or underwriter.

(2) No person or company is liable under subsection (1) if he, she or it proves that the purchaser purchased the securities with knowledge of the misrepresentation.

. . .

(5) No person or company, other than the issuer or selling security holder, is liable under subsection (1) with respect to any part of the prospectus or the amendment to the prospectus not purporting to be made on the authority of an expert and not purporting to be a copy of or an extract from a report, opinion or statement of an expert unless he, she or it,

(a) failed to conduct such reasonable investigation as to provide reasonable grounds for a belief that there had been no misrepresentation; or

(b) believed there had been a misrepresentation.

. . .

(7) In an action for damages pursuant to subsection (1), the defendant is not liable for all or any portion of such damages that the defendant proves do not represent the depreciation in value of the security as a result of the misrepresentation relied upon.

. . .

(9) In no case shall the amount recoverable under this section exceed the price at which the securities were offered to the public.

(10) The right of action for rescission or damages conferred by this section is in addition to and without derogation from any other right the purchaser may have at law.

les personnes ou les compagnies visées aux alinéas a) à d).

L'acheteur qui a acheté les valeurs mobilières à une personne ou une compagnie visée à l'alinéa a) ou b) ou à un autre souscripteur à forfait des valeurs mobilières peut choisir d'exercer un recours en annulation de la vente contre cette personne, cette compagnie ou ce souscripteur à forfait, auquel cas il n'a aucun recours en dommages-intérêts contre ceux-ci.

(2) Aucune personne ou compagnie n'est responsable en vertu du paragraphe (1) si elle prouve que l'acheteur a acheté les valeurs mobilières en ayant connaissance de la déclaration inexacte.

. . .

(5) Une personne ou une compagnie, à l'exclusion de l'émetteur ou du détenteur qui a vendu les valeurs mobilières, n'est responsable en vertu du paragraphe (1) à l'égard d'une partie du prospectus ou de sa modification qui n'est pas présentée comme étant préparée par un expert ni comme étant une copie ou un extrait d'un rapport, d'une opinion ou d'une déclaration d'un expert que dans les cas suivants :

a) elle n'a pas effectué une enquête suffisante pour lui fournir des motifs raisonnables de croire qu'il n'y avait pas de présentation inexacte des faits;

b) elle croyait qu'il y avait une déclaration inexacte.

. . .

(7) Dans une action en dommages-intérêts intentée en vertu du paragraphe (1), le défendeur n'est pas responsable de la totalité ou d'une partie des dommages-intérêts s'il prouve que la somme en question ne correspond pas à la diminution de la valeur des valeurs mobilières attribuable à la présentation inexacte des faits.

. . .

(9) Le montant recouvrable en vertu du présent article ne doit pas dépasser le prix auquel les valeurs mobilières ont été offertes au public.

(10) Les recours en annulation ou en dommages-intérêts prévus au présent article ne portent pas atteinte aux autres droits de l'acheteur, mais s'y ajoutent.

Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6

31.—(1) In exercising its discretion with respect to costs under subsection 131 (1) of the *Courts of Justice Act*, the court may consider whether the class proceeding was a test case, raised a novel point of law or involved a matter of public interest.

(2) Class members, other than the representative party, are not liable for costs except with respect to the determination of their own individual claims.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Lerners, Toronto.

Solicitors for the respondent Danier Leather Inc.: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Solicitors for the respondents Jeffrey Wortsman and Bryan Tatoff: Goodmans, Toronto.

Solicitor for the intervener: Ontario Securities Commission, Toronto.

Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6

31 (1) Le tribunal peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'adjudication des dépens visé au paragraphe 131 (1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, examiner si le recours collectif était une cause type, soulevait un nouveau point de droit ou posait une question d'intérêt public.

(2) Les membres du groupe, à l'exception du représentant, ne sont pas redevables des dépens, sauf à l'égard des demandes individuelles.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Lerners, Toronto.

Procureurs de l'intimée Danier Leather Inc. : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Procureurs des intimés Jeffrey Wortsman et Bryan Tatoff : Goodmans, Toronto.

Procureur de l'intervenante : Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, Toronto.

Transportaction Lease Systems Inc. *Appellant*

v.

Jennifer Yeung, by her Litigation Guardian Heidi Yeung *Respondent*

and

Henry Ming Hang Au, also known as Ming Hang Au, and Anthony Tak Kai Au, also known as Tak Kai Au *Respondents*

INDEXED AS: TRANSPORTACTION LEASE SYSTEMS INC. *v.* YEUNG

Neutral citation: 2007 SCC 45.

File No.: 31549.

2007: October 16.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Vicarious liability — Motor vehicles — Owner — Lease with option to purchase — Interpretation of s. 86 of Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

Statutes and Regulations Cited

Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318, s. 86.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Rowles, Newbury, Low, Thackray and Kirkpatrick JJ.A.) (2006), 51 B.C.L.R. (4th) 258, 225 B.C.A.C. 168, 371 W.A.C. 168, 269 D.L.R. (4th) 727, 40 C.C.L.T. (3d) 286, 31 M.V.R. (5th) 77, 9 P.P.S.A.C. (3d) 13, [2006] 7 W.W.R. 75, [2006] B.C.J. No. 975 (QL), 2006 CarswellBC 1055, 2006 BCCA 217 (*sub nom. Yeung (Guardian ad litem of) v. Au*), reversing a decision of Tysoe J. (2004), 43 B.C.L.R. (4th) 380,

Transportaction Lease Systems Inc. *Appelante*

c.

Jennifer Yeung, représentée par sa tutrice à l'instance Heidi Yeung *Intimée*

et

Henry Ming Hang Au, aussi connu sous le nom de Ming Hang Au, et Anthony Tak Kai Au, aussi connu sous le nom de Tak Kai Au *Intimés*

RÉPERTORIÉ : TRANSPORTACTION LEASE SYSTEMS INC. *c.* YEUNG

Référence neutre : 2007 CSC 45.

N° du greffe : 31549.

2007 : 16 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Responsabilité du fait d'autrui — Véhicules automobiles — Propriétaire — Location avec option d'achat — Interprétation de l'art. 86 de la Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, ch. 318.

Lois et règlements cités

Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, ch. 318, art. 86.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Rowles, Newbury, Low, Thackray et Kirkpatrick) (2006), 51 B.C.L.R. (4th) 258, 225 B.C.A.C. 168, 371 W.A.C. 168, 269 D.L.R. (4th) 727, 40 C.C.L.T. (3d) 286, 31 M.V.R. (5th) 77, 9 P.P.S.A.C. (3d) 13, [2006] 7 W.W.R. 75, [2006] B.C.J. No. 975 (QL), 2006 CarswellBC 1055, 2006 BCCA 217 (*sub nom. Yeung (Guardian ad litem of) c. Au*), qui a infirmé une décision du juge Tysoe (2004), 43 B.C.L.R.

7 P.P.S.A.C. (3d) 315, [2004] B.C.J. No. 2623 (QL), 2004 CarswellBC 2944, 2004 BCSC 1648. Appeal dismissed.

James MacMaster, James Sullivan and *Donald Lebans*, for the appellant.

Joseph E. Murphy, Q.C., Michael J. Sobkin and *Brian R. Brooke*, for the respondent Jennifer Yeung.

No one appeared for the respondents Henry Ming Hang Au and Anthony Tak Kai Au.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 THE CHIEF JUSTICE — The meaning of s. 86 of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318, is plain, and for this reason we are in agreement with the conclusions of the Court of Appeal of British Columbia. The appeal is dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitors for the respondent Jennifer Yeung: Murphy, Battista, Vancouver.

(4th) 380, 7 P.P.S.A.C. (3d) 315, [2004] B.C.J. No. 2623 (QL), 2004 CarswellBC 2944, 2004 BCSC 1648. Pourvoi rejeté.

James MacMaster, James Sullivan et *Donald Lebans*, pour l'appelante.

Joseph E. Murphy, c.r., Michael J. Sobkin et *Brian R. Brooke*, pour l'intimée Jennifer Yeung.

Personne n'a comparu pour les intimés Henry Ming Hang Au et Anthony Tak Kai Au.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE EN CHEF — Le sens de l'art. 86 de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 318, est clair et, pour cette raison, nous souscrivons aux conclusions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Jennifer Yeung : Murphy, Battista, Vancouver.

Citadel General Assurance Company *Appellant*

v.

Michael Vytlingam by his Litigation Guardian, Chandra Vytlingam, Chandra Vytlingam and Suzana Vytlingam *Respondents*

and

Insurance Bureau of Canada *Intervener*

INDEXED AS: CITADEL GENERAL ASSURANCE CO. *v.* VYTLINGAM

Neutral citation: 2007 SCC 46.

File No.: 31083.

2006: December 11; 2007: October 19.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Insurance — Automobile insurance — Inadequately insured motorist coverage — Wrongdoer using motor vehicle to transport large boulders to highway overpass, throwing boulders onto car driven by insured and driving off — Insured suffering catastrophic injuries — Wrongdoer inadequately insured — Insured receiving no-fault benefits from his insurer and seeking to recover his civil damages from insurer under inadequately insured motorist coverage — Whether coverage should be denied because wrongdoer was engaged in criminal activity — Whether insured's injuries "arising directly or indirectly from the use or operation of an automobile" — Whether tort that cause insured's injuries intervening event severable from use and operation of wrongdoer's motor vehicle — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 239.

The Vs were motoring along an interstate highway when their vehicle was struck by a large boulder

La Citadelle, Compagnie d'assurances générales *Appelante*

c.

Michael Vytlingam représenté par sa tutrice à l'instance, Chandra Vytlingam, Chandra Vytlingam et Suzana Vytlingam *Intimés*

et

Bureau d'assurance du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : CITADELLE, CIE D'ASSURANCES GÉNÉRALES *c.* VYTLINGAM

Référence neutre : 2007 CSC 46.

N° du greffe : 31083.

2006 : 11 décembre; 2007 : 19 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Assurance — Assurance automobile — Protection contre les automobilistes insuffisamment assurés — Auteur d'un délit utilisant un véhicule à moteur pour transporter de grosses pierres jusqu'à un pont d'étagement, d'où il a jeté les pierres sur une auto conduite par un assuré, puis pour s'enfuir — Assuré très grièvement blessé — Auteur du délit insuffisamment assuré — Assuré ayant reçu des indemnités sans égard à la faute de son assureur et cherchant à obtenir des dommages-intérêts civils de l'assureur en vertu d'une protection contre les automobilistes insuffisamment assurés — Cette protection doit-elle lui être refusée parce que l'auteur du délit se livrait à une activité criminelle? — Les blessures de l'assuré découlent-elles « directement ou indirectement de l'utilisation ou de la conduite d'une automobile »? — Le délit qui a causé des blessures à l'assuré constitue-t-il un acte intermédiaire séparable de l'utilisation et de la conduite de l'automobile de l'auteur du délit? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 239.

Les V roulaient sur une autoroute lorsqu'une grosse pierre, jetée par F et R d'un pont d'étagement, a heurté

dropped from an overpass by F and R, catastrophically injuring MV and causing CV and SV serious psychological harm. F and R were prosecuted, convicted, and imprisoned. The Vs received statutory no-fault benefits from their Ontario insurer and, since F was inadequately insured, they sought to recover the civil damages F had caused from V's insurer pursuant to the inadequately insured motorist coverage found in s. 3 of the Ontario Policy Change Form 44R. Under this endorsement, "the insurer shall indemnify an eligible claimant for the amount that he . . . is legally entitled to recover from an inadequately insured motorist as compensatory damages in respect of bodily injury to . . . an insured person arising directly or indirectly from the use or operation of an automobile". As F's vehicle had been used to transport the rocks to the scene of the crime and thereafter to escape, both the Ontario Superior Court of Justice and the Court of Appeal, citing *Amos v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 S.C.R. 405, found the insurer liable and allowed the Vs claims.

Held: The appeal should be allowed.

The claim did not arise from the ownership or directly or indirectly from the use or operation of a motor vehicle. Although the use of F's vehicle (e.g. transporting rocks) fell within the scope of the ordinary activities to which automobiles are put, the word "indirectly" is not sufficient to overcome the requirement for an unbroken chain of causation linking the conduct of the tortfeasor as a motorist to the injuries in respect of which the claim is made. In this case, the relevant tort consisted of dropping the rocks from a highway overpass, not transporting rocks across the countryside. F was not at fault as a motorist. The tort was an independent act which broke the chain of causation. It was an intervening event severable from the use and operation of F's vehicle. [5] [7] [25] [33] [36-38]

Insurance policies must be interpreted in a way that gives effect to the reasonable expectations of both insured and insurer. No-fault insurance and indemnity insurance rest on different statutory provisions, but both fall to be interpreted in the context of a motor vehicle policy. Thus, for example, someone who uses a vehicle for a non-motoring purpose cannot expect to collect motor vehicle insurance. On the other hand, coverage cannot be denied simply because a motor vehicle is being used in the course of criminal activity such as

leur véhicule, blessant très grièvement MV et causant un grave préjudice psychologique à CV et à SV. F et R ont été poursuivis, condamnés et emprisonnés. Les V ont reçu des indemnités sans égard à la faute de leur assureur ontarien et, comme F était insuffisamment assuré, ils ont tenté de se faire indemniser par l'assureur des V pour les dommages civils causés par F en invoquant leur protection contre les automobilistes insuffisamment assurés prévue à l'art. 3 du Formulaire de modification de police 44R de l'Ontario. Cet avenant prévoit que « l'assureur s'engage à indemniser tout demandeur admissible à l'égard du montant qu'il est légalement en droit de recouvrer d'un automobiliste insuffisamment assuré, à titre de dommages-intérêts, du fait de lésions corporelles occasionnées à une personne assurée [. . .] et qui sont attribuables, directement ou indirectement, à l'utilisation ou à la conduite d'une automobile ». Le véhicule de F ayant été utilisé pour transporter les pierres jusqu'au lieu du crime et pour fuir, la Cour supérieure de justice de l'Ontario et la Cour d'appel ont cité *Amos c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 R.C.S. 405, pour conclure à la responsabilité de l'assureur et au droit des V d'être indemnisés.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La réclamation ne découle pas, par un lien de causalité ininterrompu, de la propriété ou, directement ou indirectement, de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule à moteur. Même si l'utilisation du véhicule de F (p. ex. pour transporter les pierres) faisait partie des activités ordinaires auxquelles les automobiles servent, le mot « indirectement » ne suffit pas pour écarter l'exigence d'un lien de causalité ininterrompu entre la conduite de l'auteur du délit en tant qu'automobiliste et les blessures visées par la réclamation. En l'espèce, le délit pertinent consistait à jeter les pierres du haut d'un pont d'étagement, et non à les transporter à travers la campagne. F n'était pas fautif en tant qu'automobiliste. Le délit était un acte indépendant qui a rompu le lien de causalité. Il s'agissait d'un acte intermédiaire séparable de l'utilisation et de la conduite du véhicule de F. [5] [7] [25] [33] [36-38]

Les polices d'assurance doivent être interprétées de manière à donner effet aux attentes raisonnables de l'assuré et de l'assureur. L'assurance sans égard à la faute et l'assurance-indemnisation sont régies par des dispositions législatives différentes, mais doivent être toutes les deux interprétées dans le contexte d'une police d'assurance automobile. Ainsi, par exemple, la personne qui a utilisé son véhicule à moteur à une fin qui n'est pas reliée à la conduite d'une automobile ne peut s'attendre à recevoir des indemnités d'une assurance automobile.

a getaway car in a bank robbery, or is being driven by a drunk driver. [4] [16] [23]

Amos established that in the context of no-fault benefits, the mutual expectation of the parties is that no-fault benefits will be available when an accident occurs during the "ordinary and well-known" use of their vehicles, provided that some nexus or causal relationship between the use of the vehicle and the injuries can be established. However, this case does not involve no-fault statutory accident benefits, and the Court of Appeal erred in transferring without modification the "relaxed" causation test in *Amos* to the different context of indemnification insurance, where it must be shown that the tortfeasor is liable as a motorist. No amount of carrying rocks all over the country would give rise to civil liability. Liability came from dropping those rocks from the overpass. The fact that the word "indirectly" appears in s. 3 of the Policy Change Form 44R is not sufficient to overcome the fact that the tort was an intervening event wholly "severable" from the use and operation of the F's vehicle. [11-13] [24] [37-38]

Cases Cited

Distinguished: *Amos v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 S.C.R. 405; **disapproved:** *Herbison v. Lumbermens Mutual Casualty Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 81; *Chan v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1996] 4 W.W.R. 734; **referred to:** *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252; *Paulus v. Robinson* (1991), 60 B.C.L.R. (2d) 116, leave to appeal refused, [1992] 3 S.C.R. vii; *Thacker v. Lavell* (1992), 40 M.V.R. (2d) 306; *Jove v. Paialunga Estate* (1997), 42 B.C.L.R. (3d) 309; *Continental Stress Relieving Services Ltd. v. Canada West Insurance Co. of Canada* (1998), 221 A.R. 160, 1998 ABQB 387; *Holdbrook v. Emeneau* (2000), 204 N.S.R. (2d) 96, 2000 NSCA 48; *Tench v. Erskine* (2006), 244 N.S.R. (2d) 55, 2006 NSSC 115; *Vijeyekumar v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (1999), 44 O.R. (3d) 545; *Saharkhiz v. Underwriters, Members of Lloyd's, London, England* (1999), 46 O.R. (3d) 154; *Collier v. Insurance Corp. of British Columbia* (1995), 100 B.C.L.R. (2d) 201; *Greenhalgh v. ING Halifax Insurance Co.* (2004), 72 O.R. (3d) 338; *Chisholm v. Liberty Mutual Group* (2002), 60 O.R. (3d) 776; *Jenkins v. Zurich Insurance Canada* (1997), 193 N.B.R. (2d)

Par contre, l'indemnisation ne peut être refusée simplement parce qu'un véhicule à moteur est utilisé au cours d'une activité criminelle, comme par des voleurs pour fuir après un vol de banque ou par un conducteur en état d'ébriété. [4] [16] [23]

Amos a établi que, dans le contexte des indemnités sans égard à la faute, les parties s'attendent mutuellement à ce que des indemnités sans égard à la faute puissent être versées lorsqu'un accident survient au cours d'une utilisation « ordinaire et bien connue » de leurs véhicules, à condition qu'un rapport ou un lien de causalité puisse être établi entre l'utilisation du véhicule et l'accident. La présente affaire ne porte toutefois pas sur les indemnités d'accident légales sans égard à la faute, et la Cour d'appel a eu tort de transposer, sans le modifier, le test « assoupli » concernant le lien de causalité énoncé dans *Amos* dans le contexte de l'assurance-indemnisation, qui exige qu'il soit démontré que l'auteur du délit est responsable en tant qu'automobiliste. Le fait de transporter une quantité quelconque de pierres, partout au pays, n'entraînera jamais la moindre responsabilité civile. La responsabilité découle du fait de jeter ces pierres du haut du pont d'étagement. Le fait que le mot « indirectement » figure à l'art. 3 du Formulaire de modification de police 44R ne suffit pas pour remédier au fait que le délit constitue un événement intermédiaire entièrement « séparable » de l'utilisation et de la conduite du véhicule de F. [11-13] [24] [37-38]

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *Amos c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 R.C.S. 405; **arrêts critiqués :** *Herbison c. Lumbermens Mutual Casualty Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 81; *Chan c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1996] 4 W.W.R. 734; **arrêts mentionnés :** *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252; *Paulus c. Robinson* (1991), 60 B.C.L.R. (2d) 116, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 3 R.C.S. vii; *Thacker c. Lavell* (1992), 40 M.V.R. (2d) 306; *Jove c. Paialunga Estate* (1997), 42 B.C.L.R. (3d) 309; *Continental Stress Relieving Services Ltd. c. Canada West Insurance Co. of Canada* (1998), 221 A.R. 160, 1998 ABQB 387; *Holdbrook c. Emeneau* (2000), 204 N.S.R. (2d) 96, 2000 NSCA 48; *Tench c. Erskine* (2006), 244 N.S.R. (2d) 55, 2006 NSSC 115; *Vijeyekumar c. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (1999), 44 O.R. (3d) 545; *Saharkhiz c. Underwriters, Members of Lloyd's, London, England* (1999), 46 O.R. (3d) 154; *Collier c. Insurance Corp. of British Columbia* (1995), 100 B.C.L.R. (2d) 201; *Greenhalgh c. ING Halifax Insurance Co.* (2004), 72 O.R. (3d) 338; *Chisholm c. Liberty Mutual Group* (2002), 60 O.R. (3d) 776; *Jenkins*

135; *Axa Insurance v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2004), 73 O.R. (3d) 391; *Law, Union & Rock Insurance Co. v. Moore's Taxi Ltd.*, [1960] S.C.R. 80; *Legault v. Compagnie d'assurance générale de commerce* (1967), 65 D.L.R. (2d) 230; *Wu v. Malamas* (1985), 67 B.C.L.R. 105; *Lefor (Litigation guardian of) v. McClure* (2000), 49 O.R. (3d) 557; *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] S.C.R. 936.

Statutes and Regulations Cited

Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 239(1).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Juriansz and MacFarland JJ.A.) (2005), 76 O.R. (3d) 1, 255 D.L.R. (4th) 114, 199 O.A.C. 136, 23 C.C.L.I. (4th) 272, 22 M.V.R. (5th) 163, [2005] I.L.R. ¶I-4415, [2005] O.J. No. 2266 (QL), affirming a decision of Backhouse J. (2004), 23 C.C.L.I. (4th) 267, [2004] O.J. No. 6004 (QL). Appeal allowed.

Geoffrey D. E. Adair, Q.C., for the appellant.

Stanley C. Tessis and *Melanie C. Malach*, for the respondents.

Alan L. W. D'Silva, Danielle K. Royal and *Ellen Snow*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

1 BINNIE J. — The present appeal tests the limits of the "inadequately insured motorist" coverage under a standard Ontario automobile insurance policy.

2 The respondents, who are Ontario residents, were motoring northwards along Interstate 95 near Fayetteville, North Carolina, when their vehicle was struck by a large boulder dropped from an overpass by two local thrill seekers, Todd Farmer and Anthony Raynor, who were high on alcohol and drugs. The respondent Michael Vytlingam received catastrophic injuries as a result of the crime. His mother Chandra and his sister Suzana Vytlingam suffered serious psychological harm. Farmer and Raynor were prosecuted, convicted and received substantial prison sentences.

c. Zurich Insurance Canada (1997), 193 R.N.-B. (2e) 135; *Axa Insurance c. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2004), 73 O.R. (3d) 391; *Law, Union & Rock Insurance Co. c. Moore's Taxi Ltd.*, [1960] R.C.S. 80; *Cie d'assurance générale de commerce c. Legault*, [1968] B.R. 505; *Wu c. Malamas* (1985), 67 B.C.L.R. 105; *Lefor (Litigation guardian of) c. McClure* (2000), 49 O.R. (3d) 557; *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] R.C.S. 936.

Lois et règlements cités

Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 239(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Juriansz et MacFarland) (2005), 76 O.R. (3d) 1, 255 D.L.R. (4th) 114, 199 O.A.C. 136, 23 C.C.L.I. (4th) 272, 22 M.V.R. (5th) 163, [2005] I.L.R. ¶I-4415, [2005] O.J. No. 2266 (QL), qui a confirmé une décision de la juge Backhouse (2004), 23 C.C.L.I. (4th) 267, [2004] O.J. No. 6004 (QL). Pourvoi accueilli.

Geoffrey D. E. Adair, c.r., pour l'appelante.

Stanley C. Tessis et *Melanie C. Malach*, pour les intimés.

Alan L. W. D'Silva, Danielle K. Royal et *Ellen Snow*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Le pourvoi porte sur les limites de la protection contre les « automobilistes insuffisamment assurés » prévue par une police d'assurance automobile type de l'Ontario.

Les intimés, des résidants de l'Ontario, roulaient vers le nord sur l'autoroute 95 près de Fayetteville, en Caroline du Nord, lorsque leur véhicule a été heurté par une grosse pierre que Todd Farmer et Anthony Raynor, deux individus du coin en quête de sensations fortes après avoir consommé de l'alcool et de la drogue, ont jetée du haut d'un pont d'étagement. L'intimé Michael Vytlingam a été très grièvement blessé à la suite de ce crime. Sa mère Chandra et sa sœur Suzana Vytlingam ont subi un grave préjudice psychologique. MM. Farmer et Raynor ont été poursuivis, déclarés coupables et condamnés à de lourdes peines d'emprisonnement.

The Vytlingams received "no-fault" benefits exceeding one million dollars from their Ontario insurer. The question now before the Court is whether in addition to no-fault statutory benefits, the involvement of the Farmer vehicle (transporting Farmer and Raynor and the boulders to the scene of the crime) is sufficient *also* to require the Ontario insurer to pay under the inadequately insured motorist coverage, i.e. to stand in the shoes of Farmer and pay the amount Farmer ought to pay by way of civil damages. The damages suffered by Michael Vytlingam alone were assessed at $960,765.70 plus post-judgment interest from July 27, 2004. Farmer's policy limit was US$25,000.

There is no question that Farmer was inadequately insured. The question is whether the tort that caused the Vytlingams' injuries was sufficiently connected to the use and operation of Farmer's car for it to be concluded that the claim is based on a tort committed by a "motorist". The courts in Ontario, citing *Amos v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 S.C.R. 405, found that the Vytlingams were entitled to the compensation claimed ((2004), 23 C.C.L.I. (4th) 267 (S.C.J.), aff'd (2005), 76 O.R. (3d) 1 (C.A.)), but I do not think the "inadequately insured motorist" coverage can be stretched so far, despite the undisputed and highly sympathetic facts. Insurance policies must be interpreted in a way that gives effect to the reasonable expectations of both insured *and* insurer: *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252, at p. 269. I would allow the appeal.

Analysis

The relevant endorsement on the Vytlingams' policy (s. 3 of the Ontario Policy Change Form 44R — Family Protection Coverage ("OPCF 44R")) provides:

Les Vytlingam ont reçu de leur assureur ontarien des indemnités « sans égard à la faute » de plus d'un million de dollars. La question maintenant soumise à la Cour est de savoir si l'implication du véhicule de M. Farmer (qui a servi à transporter M. Farmer, M. Raynor et les pierres sur le lieu du crime) est suffisante pour que l'assureur ontarien soit tenu, en plus de leur verser les indemnités légales sans égard à la faute, de les indemniser *aussi* en vertu de la protection contre les automobilistes insuffisamment assurés, c.-à-d. de se substituer à M. Farmer et de leur verser les dommages-intérêts que celui-ci devrait leur payer. À lui seul, Michael Vytlingam a subi des dommages qui ont été évalués à 960 765,70 $, plus les intérêts après jugement à compter du 27 juillet 2004. La limite de la police de M. Farmer était de 25 000 $US. 3

Il est clair que M. Farmer était insuffisamment assuré. Il faut maintenant déterminer si le délit qui a causé les préjudices aux Vytlingam était suffisamment lié à l'utilisation et à la conduite de l'automobile de M. Farmer pour que l'on puisse conclure que la réclamation découle d'un délit commis par un « automobiliste ». Les tribunaux ontariens ont conclu que les Vytlingam avaient droit à l'indemnisation demandée ((2004), 23 C.C.L.I. (4th) 267 (C.S.J.), conf. par (2005), 76 O.R. (3d) 1 (C.A.)), en citant l'arrêt *Amos c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 R.C.S. 405. Je ne crois toutefois pas que la portée de la protection contre les « automobilistes insuffisamment assurés » puisse être étendue à ce point, malgré les faits non contestés qui inspirent une grande compassion. Les polices d'assurance doivent être interprétées de manière à donner effet aux attentes raisonnables de l'assuré *et* de l'assureur : *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcœ & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252, p. 269. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. 4

Analyse

L'avenant pertinent de la police des Vytlingam (art. 3 du Formulaire de modification de police de l'Ontario 44R — Protection de la famille (« FMPO 44R ») prévoit : 5

Insuring Agreement

. . . the insurer shall indemnify an eligible claimant for the amount that he or she is legally entitled to recover from an inadequately insured motorist as compensatory damages in respect of bodily injury to or death of an insured person arising directly or indirectly from the use or operation of an automobile. [Emphasis added.]

Coverage under OPCF 44R requires there to be liability on the part of a tortfeasor *as a "motorist"* who is inadequately insured. The term "inadequately insured motorist" is defined in the policy, in part, as

the identified owner or identified driver of an automobile for which the total motor vehicle liability insurance or bonds, cash deposits or other financial guarantees as required by law in lieu of insurance, obtained by the owner or driver is less than the limit of [the claimant's] family protection coverage . . . . [Emphasis added.]

As will be seen, the Court of Appeal paid close attention to the "inadequately insured" aspect but not enough, in my opinion, to whether or not Farmer's tort was committed as a "motorist", i.e. whether the claim arose through an unbroken chain of causation from the ownership or directly or indirectly from the use or operation of a motor vehicle.

6 Counsel for the appellant contends, with some justice, that "it makes no sense to have an insurance endorsement pursuant to which recovery depends on someone else's limits . . . [u]nless that insurance is designed to address occurrences that would trigger the liability insurance of the wrongdoer" (transcript, at p. 3). In Ontario the liability of the tortfeasor would be triggered where the occurrence falls within s. 239 of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, which provides as follows:

239.—(1) Subject to section 240, every contract evidenced by an owner's policy insures the person named therein, and every other person who with the named person's consent drives, or is an occupant of, an automobile owned by the insured named in the contract and

Convention d'assurance

. . . l'assureur s'engage à indemniser tout demandeur admissible à l'égard du montant qu'il est légalement en droit de recouvrer d'un automobiliste insuffisamment assuré, à titre de dommages-intérêts, du fait de lésions corporelles occasionnées à une personne assurée ou de son décès et qui sont attribuables, directement ou indirectement, à l'utilisation ou à la conduite d'une automobile. [Je souligne.]

La protection offerte par le FMPO 44R exige que soit établie la responsabilité de l'auteur d'un délit *en tant qu'« automobiliste »* insuffisamment assuré. Dans la police, la définition d'un « automobiliste insuffisamment assuré » inclut

le propriétaire ou le conducteur identifiés d'une automobile à l'égard de laquelle l'assurance de responsabilité automobile totale ou la somme des cautions, dépôts en espèces ou autres garanties financières qu'exige la loi au lieu de l'assurance, obtenus par le propriétaire ou le conducteur, sont inférieures à la limite de la garantie de protection de la famille [du demandeur] . . . [Je souligne.]

Comme nous le verrons, la Cour d'appel s'est beaucoup attardée aux termes « insuffisamment assuré », mais n'a pas accordé assez d'attention selon moi à la question de savoir si M. Farmer a commis son délit en tant qu' « automobiliste », c.-à-d. si la réclamation découle, par un lien de causalité ininterrompu, de la propriété ou, directement ou indirectement, de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule à moteur.

L'avocat de l'appelante prétend, non sans raison, qu'il [TRADUCTION] « n'est pas logique qu'un avenant d'assurance rende l'indemnisation tributaire des limites de quelqu'un d'autre, . . . [à] moins que cette assurance vise des événements qui feraient entrer en jeu l'assurance responsabilité de l'auteur de la faute » (transcription, p. 3). En Ontario, la responsabilité de l'auteur d'un délit serait engagée dans les cas prévus à l'art. 239 de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8, que voici :

239 (1) Sous réserve de l'article 240, le contrat constaté par une police de propriétaire assure la personne qui y est nommée, ainsi que toute autre personne qui, avec son consentement, conduit une automobile appartenant à l'assuré nommément désigné dans le contrat, ou qui est

within the description or definition thereof in the contract, against liability imposed by law upon the insured named in the contract or that other person for loss or damage,

(a) arising from the ownership or directly or indirectly from the use or operation of any such automobile; and

(b) resulting from bodily injury to or the death of any person and damage to property.

The OPCF 44R, on this view, backstops s. 239(1)(a) in cases where the contribution of the tortfeasor's own insurer (if any) is inadequate. I think this view is correct. The OPCF 44R tracks the language found in s. 239(1)(a). Thus, Farmer may be a motorist (i.e. the owner or driver of the car) and he may be "at fault" for the respondents' injuries — but the question arises as to whether the claim can be said to arise "from the ownership or directly or indirectly from the use or operation of [an] automobile". In short, was Farmer *at fault as a motorist*? For the reasons that follow, I do not think that he was.

The Ontario Court of Appeal, Juriansz J.A. dissenting, held the appellant insurer liable based on its interpretation of *Amos*. But it was not a condition of the no-fault coverage in *Amos* that the claimant be "legally entitled to recover compensatory damages from an inadequately insured motorist" or anyone else. The "motorist" issue has its own line of jurisprudence in various contexts including *Paulus v. Robinson* (1991), 60 B.C.L.R. (2d) 116 (C.A.), leave to appeal refused, [1992] 3 S.C.R. vii; *Thacker v. Lavell* (1992), 40 M.V.R. (2d) 306 (Alta. C.A.); *Jove v. Paialunga Estate* (1997), 42 B.C.L.R. (3d) 309 (C.A.); *Continental Stress Relieving Services Ltd. v. Canada West Insurance Co. of Canada* (1998), 221 A.R. 160, 1998 ABQB 387; *Holdbrook v. Emeneau* (2000), 204 N.S.R. (2d) 96, 2000 NSCA 48; *Tench v. Erskine* (2006), 244 N.S.R. (2d) 55, 2006 NSSC 115.

une personne transportée, dans les limites qu'en donne la description ou la définition figurant au contrat, contre la responsabilité que la loi impose à l'assuré nommément désigné dans le contrat ou à cette autre personne pour les pertes ou les dommages :

a) découlant de la propriété ou, directement ou indirectement, de l'usage ou de la conduite de l'automobile;

b) résultant de lésions corporelles ou du décès d'une personne ou de dommages matériels.

7 Sous cet angle, le FMPO 44R vient renforcer l'al. 239(1)a) lorsque la contribution de l'assureur de l'auteur du délit (le cas échéant) ne suffit pas. Ce point de vue me semble exact. La formulation du FMPO 44R suit celle de l'al. 239(1)a). Par conséquent, M. Farmer peut bien être un « automobiliste » (c.-à-d. le propriétaire ou le conducteur de l'automobile), et il peut bien être « responsable » des préjudices causés aux intimés — mais il faut se demander s'il est possible d'affirmer que la réclamation découle « de la propriété ou, directement ou indirectement, de l'usage ou de la conduite [d'une] automobile ». En résumé, M. Farmer était-il *responsable en tant qu'automobiliste*? Pour les motifs qui suivent, je ne pense pas qu'il l'était.

8 S'appuyant sur son interprétation de l'arrêt *Amos*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu à la responsabilité de l'assureur appelant — le juge Juriansz étant dissident. Dans l'affaire *Amos*, toutefois, la protection sans égard à la faute n'était pas assujettie à la condition que le demandeur soit « légalement en droit de recouvrer » des dommages-intérêts « d'un automobiliste insuffisamment assuré », ou de qui que ce soit d'autre. La qualité d'« automobiliste » a donné lieu, dans divers contextes, à des décisions qui lui sont propres, dont les suivantes : *Paulus c. Robinson* (1991), 60 B.C.L.R. (2d) 116 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [1992] 3 R.C.S. vii; *Thacker c. Lavell* (1992), 40 M.V.R. (2d) 306 (C.A. Alb.); *Jove c. Paialunga* (1997), 42 B.C.L.R. (3d) 309 (C.A.); *Continental Stress Relieving Services Ltd. c. Canada West Insurance Co. of Canada* (1998), 221 A.R. 160, 1998 ABQB 387; *Holdbrook c. Emeneau* (2000), 204 N.S.R. (2d) 96, 2000 NSCA 48; *Tench c. Erskine* (2006), 244 N.S.R. (2d) 55, 2006 NSSC 115.

9 Some of what is said in *Amos* is helpful to relate the claimants' *injuries* to the "use or operation of a motor vehicle", but *Amos* is not a template to resolve indemnity coverage, i.e., the "motorist" issue, because the type of insurance and the coverage requirements in *Amos* did not require the presence of an at-fault motorist.

A. *The Decision in Amos*

10 In *Amos*, the insurer contested no-fault liability to its own insured for statutory benefits payable "in respect of death or injury caused by an accident that arises out of the ownership, use or operation of a vehicle".

11 The insured had been attacked by a gang of strangers while he was motoring along an urban street in California. He was shot and seriously injured as he fled in his van away from the assailants, who were on foot. Major J. said, "[i]t is important that the shooting was not random but a shooting that arose out of the [claimant's] ownership, use and operation of his vehicle" (para. 25). The claim was denied by the insurer but was allowed in this Court. Major J., for a unanimous bench, observed that while the statutory language "must not be stretched beyond its plain and ordinary meaning", nevertheless "it ought not to be given a technical construction that defeats the object and insuring intent of the legislation providing coverage". At para. 17, he formulated a two-part "relaxed causation" test to be applied to the British Columbia regulation setting out the insurer's statutory obligation to provide no-fault benefits to its own insured, as follows:

1. Did the accident result from the ordinary and well-known activities to which automobiles are put? [The "purpose" test.]

2. Is there some nexus or causal relationship (not necessarily a direct or proximate causal relationship) between the appellant's injuries and the ownership, use or operation of his vehicle, or is the connection between the injuries and the ownership, use or

Une partie de ce qui a été dit dans *Amos* est utile pour établir un lien entre les *préjudices* des demandeurs et « l'utilisation ou la conduite d'un véhicule à moteur », mais l'arrêt *Amos* ne peut servir de modèle pour résoudre la question de la protection d'assurance-indemnisation, c.-à-d. la question de l'« automobiliste », parce que le type d'assurance et les conditions de la protection en cause dans *Amos* n'exigeaient pas qu'un automobiliste soit fautif.

A. *L'arrêt Amos*

Dans *Amos*, l'assureur contestait son obligation sans égard à la faute de verser des indemnités légales à son propre assuré [TRADUCTION] « relativement au décès ou aux blessures résultant d'un accident qui découle de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule ».

L'assuré avait été attaqué par une bande d'inconnus alors qu'il roulait dans une rue d'une ville californienne. Il a été atteint par des coups de feu dans sa fourgonnette et a subi de graves blessures en fuyant ses agresseurs, qui étaient à pied. Le juge Major a déclaré : « Ce qui importe, c'est que la fusillade n'était pas le fruit du hasard et découlait de la propriété, de l'utilisation et de la conduite du véhicule de l'appelant » (par. 25). L'assureur a rejeté la réclamation, mais notre Cour l'a accueillie. S'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, le juge Major a fait observer que, si on ne peut étendre la portée d'un texte législatif « au-delà de son sens clair et ordinaire », on ne peut non plus lui donner « une interprétation formaliste qui contrecarre l'objet et l'intention de la loi qui prévoit la protection ». Il a énoncé, au par. 17, un critère de causalité « plus souple », à deux volets, applicable au règlement de la Colombie-Britannique qui imposait à l'assureur l'obligation légale de verser des indemnités sans égard à la faute à son propre assuré :

1. L'accident résulte-t-il d'activités ordinaires et bien connues auxquelles les automobiles servent? [Le critère de l'« objet ».]

2. Existe-t-il un lien de causalité (pas nécessairement direct ou immédiat) entre les blessures de l'appelant et la propriété, l'utilisation ou la conduite de son véhicule, ou le lien entre les blessures et la propriété, l'utilisation ou la conduite du véhicule est-il

> operation of the vehicle merely incidental or fortuitous? [The "causation" test.] [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

(There was some argument on this appeal that the *Amos* purpose test imports a causation element ("results from") which is duplicative of the *Amos* causation test. However, the supposed difficulty is avoided by substituting in the *Amos* purpose test the phrase "Did the accident occur *in the course of* the ordinary and well-known, etc.?")

In this appeal, of course, we are not concerned with no-fault statutory accident benefits payable to an insured. In *Amos*, the focus was necessarily on the use of the claimant's car; the focus here is on the use of the tortfeasor's vehicle. The questions are, firstly, whether the Vytlingams' claim is in respect of an inadequately insured tortfeasor whose fault occurred in the course of using a motor vehicle as a motor vehicle and not for some other purpose (as a diving platform, for example, as hereafter discussed), and secondly, whether the chain of causation linking the claimed loss or injuries to the use and operation of the motor vehicle, which is shown to be more than simply fortuitous or "but for", is unbroken.

The insurer was liable in *Amos* because entry into the insured vehicle was the objective of the attackers and the claimant driving in his van was engaged in "ordinary and well-known" activity to which his insured vehicle could be put. Motorists generally believe that, when an accident occurs while they are making "ordinary and well-known" use of their vehicles, no-fault benefits will be available. This is the mutual expectation of both the insured and the insurer.

In *Amos*, as stated, it was the "use or operation" *of his own vehicle* that put the claimant in harm's way. As Major J. explained:

> simplement accidentel ou fortuit? [Le critère de la « causalité ».] [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

(On a plaidé dans le pourvoi que le critère de l'objet énoncé dans *Amos* importe un élément de causalité (« résulte-t-il ») qui fait double emploi avec le critère de la causalité énoncé lui aussi dans *Amos*. Il est toutefois possible d'écarter cette prétendue difficulté en reformulant ainsi le critère de l'objet énoncé dans *Amos* : L'accident est-il survenu *au cours* d'activités ordinaires et bien connues, etc.?)

12 En l'espèce, nous ne sommes évidemment pas appelés à nous prononcer sur les indemnités légales sans égard à la faute payables à l'assuré victime d'un accident. Dans *Amos*, l'analyse était nécessairement centrée sur l'usage de l'automobile du demandeur, alors qu'en l'espèce, elle est centrée sur l'usage du véhicule de l'auteur du délit. Il faut répondre à deux questions. Premièrement, la réclamation des Vytlingam vise-t-elle un automobiliste insuffisamment assuré qui a commis une faute au cours de l'utilisation d'un véhicule à moteur en tant que véhicule à moteur — et non d'une autre utilisation (en s'en servant comme tremplin, par exemple, comme nous le verrons)? Deuxièmement, le lien de causalité entre la perte ou le préjudice visés par la réclamation et la conduite du véhicule à moteur, qui doit être plus que fortuit ou ne pas répondre simplement au critère du facteur déterminant (ou « n'eût été »), est-il demeuré ininterrompu?

13 La responsabilité de l'assureur, dans *Amos*, tenait au fait que l'objectif des agresseurs était de pénétrer dans le véhicule assuré et que le demandeur, en conduisant sa fourgonnette, se livrait à une activité « ordinaire et bien connue » à laquelle son véhicule assuré pouvait servir. Les automobilistes croient généralement que, s'ils sont victimes d'un accident pendant qu'ils font une utilisation « ordinaire et bien connue » de leur véhicule, ils auront droit aux indemnités sans égard à la faute. C'est ce à quoi s'attendent mutuellement l'assureur et l'assuré.

14 Dans *Amos*, comme on l'a précisé, c'était « l'utilisation ou la conduite » *de son propre véhicule* qui avait mis le demandeur en danger. Comme l'a expliqué le juge Major :

Was the attack in this case merely a random shooting, or did it arise out of the ownership, use or operation of the appellant's vehicle? While the appellant's van may have been singled out by his assailants on a random basis, the shooting which caused the appellant's injuries was not random. The appellant's vehicle was not merely the *situs* of the shooting. The shooting appears to have been the direct result of the assailants' failed attempt to gain entry to the appellant's van. It is not important whether the shooting was accidental or deliberate while entry to the vehicle was being attempted. [para. 25]

L'agression en l'espèce était-elle simplement une fusillade au hasard ou a-t-elle découlé de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite du véhicule de l'appelant? Si la fourgonnette de l'appelant a pu être choisie au hasard par ses agresseurs, les coups de feu qui ont causé les blessures de l'appelant n'étaient toutefois pas le fruit du hasard. Le véhicule de l'appelant n'était pas simplement le lieu où les coups de feu ont été tirés. Cette fusillade semble avoir été le résultat direct de la tentative ratée des agresseurs de pénétrer dans la fourgonnette de l'appelant. Peu importe de savoir si les coups de feu étaient accidentels ou délibérés au moment où les agresseurs ont tenté de pénétrer dans le véhicule. [par. 25]

In the present case, there is no doubt that the Vytlingams were entitled to no-fault benefits since they were using their car for an "ordinary and well-known" motoring activity in driving north on Interstate 95, and that the injuries they suffered were related to such "use and operation". Accordingly, their insurers have paid no-fault statutory benefits to Michael Vytlingam, and his mother and sister, in the total amount of $1,408,358.22 (appellant's factum, at para. 16). Although the Ontario statute is not worded precisely the same as the British Columbia statute, *Amos* clearly established the Vytlingams' entitlement to statutory benefits.

En l'espèce, il est indubitable que les Vytlingam avaient droit aux indemnités sans égard à la faute, puisqu'ils s'adonnaient à une activité automobile « ordinaire et bien connue » en roulant vers le nord sur l'autoroute 95, et que les blessures qu'ils ont subies étaient liées à ces « utilisation et conduite ». C'est pourquoi leurs assureurs ont versé à Michael Vytlingam, et à sa mère et sa sœur, des indemnités légales sans égard à la faute totalisant 1 408 358,22 $ (mémoire de l'appelante, par. 16). Même si le libellé de la loi ontarienne n'est pas exactement le même que celui de la loi de la Colombie-Britannique, l'arrêt *Amos* établissait clairement le droit des Vytlingam aux indemnités légales.

15 The *Amos* language has been broadly construed in relation to injuries suffered by an insured, see, e.g., *Vijeyekumar v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (1999), 44 O.R. (3d) 545 (C.A.), and *Saharkhiz v. Underwriters, Members of Lloyd's, London, England* (1999), 46 O.R. (3d) 154 (S.C.J.), and nothing said here should be construed to limit its application in a case of no-fault benefits or in similar contexts where similar language is in issue.

Le texte de l'arrêt *Amos* a reçu une interprétation large en ce qui concerne les préjudices subis par un assuré (voir, p. ex., *Vijeyekumar c. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (1999), 44 O.R. (3d) 545 (C.A.), et *Saharkhiz c. Underwriters, Members of Lloyd's, London, England* (1999), 46 O.R. (3d) 154 (C.S.J.)), et les présents motifs ne doivent pas être interprétés de manière à en limiter l'application dans le cas des indemnités sans égard à la faute ou dans des contextes semblables mettant en cause un libellé similaire.

B. *The Use of the Motor Vehicle*

B. *L'utilisation du véhicule à moteur*

16 While no-fault insurance and indemnity insurance rest on different statutory provisions, both fall to be interpreted in the context of a motor vehicle policy. When Major J. said in *Amos* that it was a condition of no-fault coverage that the claim relate to "the ordinary and well-known activities to which

Bien qu'elles soient régies par des dispositions législatives différentes, l'assurance sans égard à la faute et l'assurance-indemnisation doivent être toutes les deux interprétées dans le contexte d'une police d'assurance automobile. Lorsque le juge Major a déclaré, dans *Amos*, que les indemnités

automobiles are put" (para. 17), he was simply signalling that someone who uses a vehicle for a non-motoring purpose cannot expect to collect motor vehicle insurance. If, for example, a claimant got drunk and used her car as a diving platform from which to spring head first into shallow water, and broke her neck, she could not reasonably expect coverage from her motor vehicle insurer, even though, in a sense, she "used" her motor vehicle. The same conclusion is compelled under s. 239(1)(a) because an injury resulting from such an off-beat use could not sensibly be said to arise "directly or indirectly from the use or operation" of the motor vehicle *as* a motor vehicle.

sans égard à la faute étaient assujetties à la condition que la réclamation résulte « d'activités ordinaires et bien connues auxquelles les automobiles servent » (par. 17), il indiquait tout simplement que nul ne peut s'attendre à recevoir des indemnités d'une assurance automobile s'il a utilisé son véhicule à moteur à une fin qui n'est pas reliée à la conduite d'une automobile. Prenons l'exemple d'une demanderesse ivre qui utiliserait son automobile comme tremplin pour plonger tête première en eau peu profonde et se casserait le cou; elle ne pourrait raisonnablement s'attendre à être indemnisée par son assureur automobile, même si elle a, dans un sens, « utilisé » son véhicule à moteur. L'alinéa 239(1)a) commande la même conclusion, parce qu'on ne peut de façon sensée affirmer qu'une blessure résultant d'une utilisation aussi insolite découle « directement ou indirectement, de l'usage ou de la conduite » d'un véhicule à moteur *en tant que* véhicule à moteur.

The appellant insurer seeks to restrict coverage in arguing, for example, that in this case, indemnification should be denied because Farmer used "the vehicle for the purpose of getting weapons to the scene of a crime", and "it is that kind of situation that should not fall . . . within the meaning of ordinary and well known activities" (transcript, at p. 18).

17 L'assureur appelant cherche à restreindre la portée de la protection en soutenant, par exemple, qu'en l'espèce, il faut refuser l'indemnisation parce que M. Farmer a utilisé [TRADUCTION] « le véhicule pour transporter des armes sur le lieu d'un crime » et qu'il s'agissait là du « genre de situation qui ne devrait pas entrer [. . .] dans la définition des activités ordinaires et bien connues » (transcription, p. 18).

I am unable to agree. Firstly, even if transporting rocks across the countryside had been the effective cause of the Vytlingams' injuries, which it wasn't, transportation is what motor vehicles are for. The fact that transportation in this case was for a criminal purpose no more excludes coverage than the fact that Farmer may have been driving his vehicle on the night in question while impaired. Innocent drivers (or pedestrians) should not be denied indemnity if struck by (to give a further example) a getaway car "transporting" bank robbers from the crime scene. In all these cases, the tortfeasor, regardless of his or her subjective reasons for climbing into the car, is at fault as a motorist.

18 Je ne saurais être d'accord. D'abord, même si le transport de pierres à travers la campagne avait été la cause effective des préjudices subis par les Vytlingam, ce qui n'est pas le cas, les véhicules à moteur sont précisément destinés au transport. En l'espèce, le fait que le transport a été effectué dans un but criminel ne constitue pas davantage un motif d'exclusion que la possibilité que la capacité de conduire de M. Farmer ait été affaiblie lorsqu'il a pris le volant ce soir-là. Prenons un autre exemple : Les conducteurs (ou les piétons) innocents qui se font heurter par une voiture « transportant » des voleurs de banque qui fuient le lieu du crime ne doivent pas être privés d'indemnités. Dans tous ces cas, l'auteur du délit est responsable en tant qu'automobiliste, peu importe les motifs subjectifs pour lesquels il est monté dans la voiture.

19 Secondly, and in any event, the appellant insurer's argument overstates the scope of the *Amos* purpose test. The "ordinary and well-known activities to which automobiles are put" limits coverage to motor vehicles being used as motor vehicles, and would exclude use of a car as a diving platform (as above) or retiring a disabled truck to a barn to store dynamite (which explodes), or negligently using the truck as a permanent prop to shore up a drive shed (which collapses, injuring someone). In none of these cases could it be said that the tortfeasor was at fault as a motorist. In none of these cases could it be said that the motor vehicle was being used as a motor vehicle. That is the sort of aberrant situation that the *Amos* purpose test excludes, and nothing more. Here, as in *Amos*, it is the causation test that did the work, not the purpose test.

Deuxièmement, et de toute façon, l'argument de l'assureur appelant exagère la portée du critère de l'« objet » énoncé dans *Amos*. En effet, le critère des « activités ordinaires et bien connues auxquelles les automobiles servent » limite l'étendue de la protection aux véhicules à moteur utilisés en tant que véhicules à moteur et exclurait les situations où on utiliserait une automobile comme tremplin (dans l'exemple ci-dessus), on remiserait un camion hors d'usage dans une grange pour y entreposer de la dynamite (qui exploserait) ou on s'en servirait négligemment comme pilier permanent pour soutenir un hangar à voitures (qui causerait des blessures en s'effondrant). On ne pourrait conclure, dans aucune de ces situations, que l'auteur du délit est responsable en tant qu'automobiliste. On ne saurait affirmer, dans aucune de ces situations, que le véhicule à moteur est utilisé en tant que véhicule à moteur. C'est ce type de situations inusitées que le critère de l'objet énoncé dans *Amos* exclut, sans plus. En l'espèce, comme dans *Amos*, la clef du litige résidait dans le critère de la causalité et non dans le critère de l'objet.

20 In *Holdbrook*, an individual attempting to commit suicide in a truck parked in a warehouse caused an explosion. The fire insurer sought recovery from the truck auto insurer alleging that the damages occurred as a result of the ownership, use or operation of the truck. The claim was dismissed. Pugsley J.A., for the Court of Appeal, held, correctly, that the truck was not being operated or being used as a motor vehicle.

Dans *Holdbrook*, une tentative de suicide dans un camion garé dans un entrepôt a causé une explosion. La compagnie d'assurance-incendie a voulu se faire indemniser par l'assureur du camion, alléguant que les dommages découlaient de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite du camion. La demande a été rejetée. Le juge Pugsley de la Cour d'appel a conclu, à bon droit, que le camion n'était ni conduit ni utilisé en tant que véhicule à moteur.

21 Similarly in *Continental Stress Relieving Services*, damage was caused by a vehicle repairman whose careless use of a cutting torch caused gasoline fumes to ignite damaging the building and disrupting the businesses carried on there. The insurers of the businesses sought to recover against the motor vehicle insurers but it was held that the careless repairman could not be considered to be an at-fault motorist.

De même, dans l'affaire *Continental Stress Relieving Services*, un immeuble avait subi des dommages et les activités des entreprises qu'il abritait avaient été interrompues à la suite de l'utilisation imprudente d'un chalumeau à découper par un mécanicien qui avait embrasé des vapeurs d'essence. Les assureurs des entreprises ont tenté de se faire indemniser par les assureurs du véhicule à moteur, mais la cour a statué que le mécanicien imprudent ne pouvait être considéré comme un automobiliste fautif.

22 However, to take another bizarre example for illustrative purposes. If instead of throwing rocks

Prenons un autre exemple insolite, à titre d'illustration. Supposons que M. Farmer, au lieu de jeter

from the overpass Farmer had tried to jump his car at high speed over the interstate highway, Evel Knievel style, and crashed down on the Vytlingam vehicle, the insurer might want to argue that Farmer was not making an "ordinary and well- known" use of his vehicle. However, there is no doubt that Farmer would have been driving the vehicle and driving meets the *Amos* purpose test. Further, in the language of the OPCF 44R, the Vytlingam's claim in such a case would have arisen "directly or indirectly from the use or operation" of the tortfeasor's vehicle being used as a motor vehicle. The OPCF 44R is a big tent and not much will be excluded as aberrant to the use of a motor vehicle as a motor vehicle.

des pierres du haut du pont d'étagement, ait conduit à très haute vitesse pour tenter d'effectuer un saut au-dessus de l'autoroute avec son automobile, à la manière d'Evel Knievel, et se soit écrasé sur le véhicule des Vytlingam. L'assureur pourrait être tenté de soutenir que M. Farmer ne faisait pas une utilisation « ordinaire et bien connue » de son véhicule. Pourtant, M. Farmer aurait assurément conduit son automobile et le fait de conduire satisfait au critère de l'objet énoncé dans *Amos*. En outre, selon le libellé du FMPO 44R, la réclamation des Vytlingam dans ce contexte aurait été attribuable « directement ou indirectement, à l'utilisation ou à la conduite » du véhicule de l'auteur du délit en tant que véhicule à moteur. Le FMPO 44R offre une vaste protection et très peu de situations en seront exclues parce qu'elles ne correspondent pas à l'utilisation d'un véhicule à moteur en tant que véhicule à moteur.

Thirdly, to be quite explicit, I would reject the position of the appellant and the intervener Insurance Bureau of Canada that the OPCF 44R coverage can be denied if the tortfeasor is engaging (as here) in criminal activity. This is not so. The insurer is selling peace of mind to its insured and the endorsement will frequently (and properly) be invoked despite criminality, as in the case of an insured injured by a drunk driver, for example.

23 Troisièmement, je tiens à préciser que je rejette l'argument de l'appelante et du Bureau d'assurance du Canada, intervenant, selon lequel l'indemnisation prévue par le FMPO 44R peut être refusée si l'auteur du délit se livre (comme en l'espèce) à une activité criminelle. Il n'en est rien. L'assureur vend la tranquillité d'esprit à l'assuré, et l'avenant est souvent (et à juste titre) invoqué malgré la perpétration d'une infraction criminelle, par exemple, par un assuré victime d'un conducteur en état d'ébriété.

C. *The Chain of Causation*

C. *Le lien de causalité*

24 In my view, the court below erred in transferring without modification the discussion of causation in *Amos* into the different context of determining whether the liability established here on the part of Farmer and Raynor arose directly or indirectly out of the use of the Farmer vehicle. In *Amos*, for example, Major J. says in the context of no-fault benefits that

À mon avis, la juridiction inférieure a eu tort de transposer, sans le modifier, l'examen de la question de la causalité effectué dans *Amos*, dans un contexte différent où il s'agit de déterminer si la responsabilité de MM. Farmer et Raynor, établie en l'espèce, découle directement ou indirectement de l'utilisation du véhicule de M. Farmer. Dans *Amos*, par exemple, le juge Major affirme ce qui suit dans le contexte des indemnités sans égard à la faute :

> [n]egligence or fault in the use or operation of a motor vehicle does not need to be the cause of the injury. The liability for the injury may arise from a tortious act other than the negligent use of a motor vehicle. This is an important distinction.

> Il n'est pas nécessaire qu'une négligence ou une faute dans l'utilisation ou la conduite d'un véhicule à moteur soit la cause de la blessure. La responsabilité à l'égard de la blessure peut naître d'un acte délictueux autre que l'utilisation négligente d'un véhicule à moteur. C'est là une distinction importante.

. . . . . .

Generally speaking, where the use or operation of a motor vehicle in some manner contributes to or adds to the injury, the plaintiff is entitled to coverage. [Emphasis added; paras. 23 and 26.]

25 As stated, the OPCF 44R requires the tortfeasor whose conduct is the subject matter of the indemnity claim be at fault as a *motorist*. The majority judgment in the Court of Appeal, with the greatest of respect, did not focus on this issue. The error appears as well in *Herbison v. Lumbermens Mutual Casualty Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 81 (C.A.), a case argued before us at the same time as the present appeal and whose reasons are delivered concurrently. Juriansz J.A. observed in his dissent in the instant case:

We live in a car culture. People use cars to get to the places where they cause or suffer damage. "But for" the use of cars, they would not be at those places and would not cause or suffer the damage. [para. 73]

I agree. His colleagues on the Ontario Court of Appeal in effect applied a "but for" test on the coverage issue, but that is not the correct test. For coverage to exist, there must be an unbroken chain of causation linking the conduct of the motorist as a motorist to the injuries in respect of which the claim is made.

26 The Court of Appeal's approach invites indemnification claims for everything from stag party assaults (*Collier v. Insurance Corp. of British Columbia* (1995), 100 B.C.L.R. (2d) 201 (C.A.)) to self-immolations (*Holdbrook*). In general, of course, the jurisprudence has drawn a reasonable line on the chain of causation issue. For example in *Greenhalgh v. ING Halifax Insurance Co.* (2004), 72 O.R. (3d) 338 (C.A.), a driver whose car was stranded in the country during winter left the vehicle and tried to walk back to the main road. She became lost, fell into a river and suffered exposure and extreme frostbite. The court held, rightly, that the chain of causation had been broken. In *Chisholm v. Liberty Mutual Group* (2002), 60 O.R. (3d) 776 (C.A.), an insured was injured when gunshots were

De façon générale, lorsque l'utilisation ou la conduite d'un véhicule à moteur contribue de quelque manière aux blessures ou les aggrave, le demandeur a droit à indemnisation. [Je souligne; par. 23 et 26.]

Comme je l'ai indiqué, selon le FMPO 44R, l'auteur du délit dont la conduite fonde la demande d'indemnisation doit être fautif en tant qu'*automobiliste*. En toute déférence, j'estime que la décision rendue à la majorité par la Cour d'appel n'a pas mis l'accent sur cette question. La même erreur a été commise dans l'affaire *Herbison c. Lumbermens Mutual Casualty Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 81 (C.A.), qui a été plaidée devant nous en même temps que le présent pourvoi, et dont les motifs sont prononcés simultanément. Le juge Juriansz s'est exprimé ainsi dans ses motifs dissidents en l'espèce :

[TRADUCTION] Nous vivons dans la culture de l'automobile. Les gens utilisent des automobiles pour se rendre aux endroits où ils causent ou subissent des dommages. « N'eût été » l'utilisation des automobiles, ils ne se trouveraient pas à ces endroits et ils ne causeraient ni ne subiraient ces dommages. [par. 73]

Je partage son avis. Ses collègues de la Cour d'appel de l'Ontario ont en fait appliqué le critère du « facteur déterminant » à la question de l'indemnisation. Or, ce n'est pas ce critère qui s'applique. Pour qu'il y ait indemnisation, il doit exister un lien de causalité ininterrompu entre la conduite de l'automobiliste en tant qu'automobiliste et le préjudice visé par la réclamation.

L'approche de la Cour d'appel ouvre la porte à des demandes d'indemnisation fondées sur toutes sortes de situations, d'une agression commise lors d'un enterrement de vie de garçon (*Collier c. Insurance Corp. of British Columbia* (1995), 100 B.C.L.R. (2d) 201 (C.A.)), à l'auto-immolation (*Holdbrook*). En général, la jurisprudence a bien sûr fixé des limites raisonnables au lien de causalité. Par exemple, dans *Greenhalgh c. ING Halifax Insurance Co.* (2004), 72 O.R. (3d) 338 (C.A.), une automobiliste dont la voiture était tombée en panne en pleine campagne pendant l'hiver est sortie de son véhicule et a essayé de regagner la route principale à pied. Elle s'est égarée, est tombée dans une rivière et a subi des blessures causées par le froid et des engelures graves. La cour a conclu, à bon

fired into his car by an unknown assailant. Laskin J.A. held the shooting to be severable. There was no causal relationship between the claimant's injuries and the operation of his car.

droit, que le lien de causalité avait été rompu. Dans *Chisholm c. Liberty Mutual Group* (2002), 60 O.R. (3d) 776 (C.A.), l'assuré a été blessé lorsque des coups de feu ont été tirés dans sa voiture par un agresseur inconnu. Le juge Laskin de la Cour d'appel a statué que les coups de feu étaient un acte séparable. Il n'y avait pas de lien de causalité entre les blessures subies par le demandeur et la conduite de sa voiture.

In *Tench*, the injured party had been assaulted in a road-rage incident. The insured assailant got out of his father's vehicle in which he was a passenger, reached into the vehicle of the claimant and assaulted him. The assailant was at fault, but not as a motorist. An assault was also held severable from the use of a school bus in *Jenkins v. Zurich Insurance Canada* (1997), 193 N.B.R. (2d) 135 (C.A.). 27

Dans *Tench*, le demandeur avait été agressé lors d'un incident de rage au volant. L'agresseur, qui était assuré, est sorti du véhicule de son père dans lequel il était passager et a agressé le demandeur, qui était toujours dans son véhicule. L'agresseur était fautif mais pas en tant qu'automobiliste. Une agression a également été jugée dissociable de l'utilisation d'un autobus scolaire dans *Jenkins c. Zurich Insurance Canada* (1997), 193 R.N.-B. (2e) 135 (C.A.).

On the other hand, in *Axa Insurance v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2004), 73 O.R. (3d) 391 (C.A.), the claimant was injured when struck in the eye by a bungee cord used to secure a friend's boat to a trailer. The motor vehicle insurer was required to indemnify "the friend" because the injury to the claimant "occurred, indirectly at least (*per* s. 239(1)(*b*) of the [Insurance] Act) from the ownership use and operation" of the motor vehicle and attached boat trailer (para. 18). 28

En revanche, dans *Axa Insurance c. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2004), 73 O.R. (3d) 391 (C.A.), le demandeur a été blessé à l'œil par un tendeur utilisé pour fixer le bateau d'un ami à une remorque. L'assureur automobile a été tenu d'indemniser « l'ami » parce que la blessure causée au demandeur [TRADUCTION] « découlait, indirectement du moins (suivant l'al. 239(1)b) de la Loi [sur les assurances]) de la propriété, de l'usage et de la conduite » du véhicule à moteur et de la remorque à bateau qui y était reliée (par. 18).

The claimant must implicate the vehicle in respect of which coverage is claimed in a manner that is more than merely incidental or fortuitous: *Law, Union & Rock Insurance Co. v. Moore's Taxi Ltd.*, [1960] S.C.R. 80. In that case, a taxi company had contracted to deliver developmentally impaired school children door to door. Its driver had negligently parked on the opposite side of the street, leaving a child to cross to its home unassisted, in the course of which the child was severely injured. The parents recovered against the taxi company and the taxi company sued its insurer for indemnification under a comprehensive policy that excluded coverage for loss arising out of the use of a motor vehicle. In these circumstances, Ritchie J. concluded that the driver's failure to escort the 29

Le demandeur doit établir que l'implication du véhicule visé par la demande d'indemnisation est plus qu'accidentelle ou fortuite : *Law, Union & Rock Insurance Co. c. Moore's Taxi Ltd.*, [1960] R.C.S. 80. Dans cette affaire, une entreprise de taxi s'était engagée par contrat à reconduire des enfants d'âge scolaire ayant un retard de développement jusqu'à leur porte. Un enfant avait été grièvement blessé parce qu'un chauffeur avait fait preuve de négligence en stationnant du côté opposé de la rue et en laissant l'enfant la traverser seul pour se rendre chez lui. Les parents ayant obtenu réparation auprès de l'entreprise de taxi, celle-ci a voulu se faire indemniser par son assureur aux termes d'une police multirisque qui ne s'appliquait pas en cas de pertes découlant de l'utilisation d'un véhicule à

child across the street was *severable* from the "use or operation" of the insured vehicle (thus requiring the defendant insurer to pay up) stating:

> . . . the motor vehicle was stationary at the time of the accident and the chain of causation originating with its use was severed by the intervening negligence of the taxi driver whose failure to escort the boy across the street was the factor giving rise to the [insured]'s liability. [Emphasis added; p. 85.]

Interestingly, in subsequent cases under *motor vehicle* policies, the outcome has been different. In *Lefor (Litigation guardian of) v. McClure* (2000), 49 O.R. (3d) 557 (C.A.), an adult dropped off her children on the wrong side of the street, but it was held that the motorist chain of causation was not broken. A similar result was reached by the British Columbia Court of Appeal in *Wu v. Malamas* (1985), 67 B.C.L.R. 105, and the Quebec Court of Queen's Bench in *Legault v. Compagnie d'assurance générale de commerce* (1967), 65 D.L.R. (2d) 230. These cases are very fact specific. However, if the vehicle's involvement is held to be no more than incidental or fortuitous or "but for", and is ruled severable from the real cause of the loss, then the necessary causal link is not established.

30 While the use of Farmer's car "in some manner" contributed to Farmer's ability to commit the tort that caused the Vytlingams' injuries, such contribution does not mean the tort was committed in his capacity as an at-fault "motorist" within the meaning of the OPCF 44R endorsement. In the words of Rand J. in *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] S.C.R. 936, "the question is whether we have . . . a severable activity" (p. 940). In the present case rock throwing was an activity entirely severable from the use or operation of the Farmer vehicle.

moteur. Dans ce contexte, le juge Ritchie a conclu que l'omission du chauffeur d'escorter l'enfant de l'autre côté de la rue était *séparable* de « l'utilisation ou la conduite » du véhicule assuré (obligeant ainsi l'assureur intimé à verser l'indemnité). Il a affirmé :

> [TRADUCTION] [L]e véhicule à moteur était immobilisé au moment de l'accident et le lien de causalité qui a pris naissance avec son utilisation a été rompu par la négligence du conducteur de taxi dont l'omission d'escorter le garçon de l'autre côté de la rue est l'élément qui a engagé la responsabilité de l'[assurée]. [Je souligne; p. 85.]

Il est intéressant de noter que, dans des arrêts ultérieurs mettant en cause des polices d'assurance *automobile*, les tribunaux sont parvenus à des résultats différents. Dans *Lefor (Litigation guardian of) c. McClure* (2000), 49 O.R. (3d) 557 (C.A.), une adulte a déposé ses enfants du mauvais côté de la rue, mais la cour a conclu que le lien de causalité n'avait pas été rompu. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique est arrivée à la même conclusion dans *Wu c. Malamas* (1985), 67 B.C.L.R. 105, tout comme la Cour du Banc de la Reine du Québec dans *Cie d'assurance générale de commerce c. Legault*, [1968] B.R. 505. Ces arrêts tiennent particulièrement aux faits qui leur sont propres. Toutefois, si l'implication du véhicule n'est rien de plus qu'accidentelle ou fortuite ou répond simplement au critère du facteur déterminant, et qu'elle est jugée séparable de la véritable cause de la perte, l'existence du lien de causalité nécessaire n'est pas établie.

S'il est vrai que l'utilisation de l'automobile de M. Farmer a contribué « de quelque manière » à la capacité de ce dernier de commettre le délit qui a causé les lésions aux Vytlingam, cela ne signifie pas qu'il a commis le délit en tant qu'« automobiliste » fautif au sens du FMPO 44R. Dans *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] R.C.S. 936, le juge Rand s'est exprimé ainsi : [TRADUCTION] « il s'agit de savoir si nous sommes [. . .] en présence d'une activité qui peut être ainsi séparée » (p. 940). En l'espèce, jeter des pierres était une activité entièrement séparable de l'utilisation ou de la conduite du véhicule de M. Farmer.

A similar issue may arise in unidentified vehicle indemnification insurance. In *Chan v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1996] 4 W.W.R. 734 (B.C.C.A.), the claimant was injured while riding as a passenger in her boyfriend's car when she was struck by a brick thrown from an oncoming vehicle that left the scene and was never identified. The B.C. court asked itself whether the brick throwing could be "isolated" from the act of driving the assailant's car along a highway and accepted the trial judge's view that it was not possible to do so (para. 30). I accept that in *Chan*, as here, there was an understandable desire to give the innocent victim access to a pool of insurance money. Nevertheless, if the analysis had focussed on the elements of the tort that gave rise to the tortfeasor's liability (as it should have), the fact the brick was thrown from a car rather than a horse does not qualify it as a motoring activity. The rock throwing was an intervening act. Neither in *Chan* nor in the present appeal was the tortfeasor at fault as a motorist.

Une question semblable pourrait se poser dans le cas de demandes d'indemnisation visant des véhicules non identifiés. Dans l'affaire *Chan c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1996] 4 W.W.R. 734 (C.A.C.-B.), la demanderesse, qui était passagère de l'auto de son petit ami, avait été blessée par une brique lancée d'un véhicule circulant en sens inverse qui avait fui les lieux et n'avait jamais été identifié. La cour de la Colombie-Britannique s'est demandé si l'acte de lancer la brique pouvait être « isolé » de l'acte de conduire le véhicule de l'agresseur sur l'autoroute et elle a retenu le point de vue du juge de première instance selon lequel cela n'était pas possible (par. 30). Je reconnais le désir très compréhensible, dans *Chan*, comme en l'espèce, de permettre à la victime innocente d'avoir accès aux coffres des assureurs. Néanmoins, il me semble qu'une analyse centrée (comme elle aurait dû l'être) sur les éléments du délit qui ont engagé la responsabilité de son auteur aurait révélé que le fait que la personne qui a lancé la brique circulait en automobile, et non à cheval, ne faisait pas de cet acte une activité automobile. Jeter des pierres était un acte intermédiaire. Ni dans *Chan* ni en l'espèce, l'auteur du délit n'était fautif en tant qu'automobiliste. 31

D. *Application of the Test to the Facts of this Case*

D. *Application du critère aux faits de l'espèce*

The courts below properly identified the role of the Farmer vehicle as the focus of their enquiry. If the Vytlingams had been proceeding along the highway by foot and had been struck by an inadequately insured motorist they would equally have satisfied this branch of the OPCF 44R endorsement which, it will be recalled, refers to injuries arising out of the use or operation of *an* automobile. This is consistent with s. 1.6(*a*)(iii) of the endorsement which includes in its definition of insured persons someone who is "not an occupant of an automobile who is struck by an automobile".

Les juridictions inférieures ont à juste titre considéré le rôle du véhicule de M. Farmer comme l'élément central de leur analyse. Si les Vytlingam avaient été frappés par un automobiliste insuffisamment assuré alors qu'ils étaient en train de marcher le long de l'autoroute, ils auraient également satisfait au volet de l'avenant FMPO 44R qui, rappelons-le, se rapporte à des lésions attribuables à l'utilisation ou à la conduite d'*une* automobile. Cette constatation est compatible avec le sous-al. 1.6a)(iii) de l'avenant, qui inclut dans la définition de « personne assurée », ceux qui sont « heurtés par une automobile alors qu'ils ne sont pas dans une automobile ». 32

As stated earlier, I do not accept the insurer's contention that the use of Farmer's vehicle for the purpose of transporting rocks to the scene of the

Comme je l'ai déjà mentionné, je rejette l'argument de l'assureur selon lequel l'utilisation de l'automobile de M. Farmer pour transporter des 33

crime fell outside the scope of the ordinary and well-known activities to which automobiles are put. This case turns rather on the question of causation.

34 The Ontario Court of Appeal held that Farmer was an "inadequately insured motorist". This is true in a general sense, but of what relevance was the use or operation of his car to the rock throwing that caused the injuries? Was Farmer's tort committed as a motorist or as a rock thrower, and if the latter, was the rock-throwing so closely connected with the use of his car to qualify the tort as a "motorist" tort for the purposes of the OPCF 44R endorsement? I do not think so.

35 Although the Ontario Court of Appeal formulated the issues differently than above, the disagreement between the majority and dissent turned essentially on whether the use of Farmer's car to transport the throwers and their rocks to the crime scene, and thereafter to escape, was severable from the act giving rise to the liability (rock throwing) and the injuries thereby inflicted. MacFarland J.A. for the majority concluded:

> As long as there is sufficient connection between the use or operation of the underinsured vehicle and the throwing of the boulder, one may conclude that the use or operation of the vehicle contributed to Michael Vytlingam's injuries. In my view, that necessary connection is present in this case. [Emphasis added; para. 40.]

As stated earlier, coverage under the OPCF 44R is dependent on the Vytlingams being able to demonstrate that their claim arose from the ownership of, or directly or indirectly from the use or operation of the Farmer vehicle. It is not enough to demonstrate that "but for" Farmer's car the tort could not have been committed in the way that it was. To suggest that any time a car is used to transport people to the scene of a tort or a crime is sufficient to engage "inadequately insured motorist" coverage stretches the intended coverage until it snaps. The trial judge found that "but for" Farmer's car the tortfeasors

pierres jusqu'au lieu du crime ne fait pas partie des activités ordinaires et bien connues auxquelles les automobiles servent. C'est plutôt la question de la causalité qui est déterminante en l'espèce.

La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que M. Farmer était un « automobiliste insuffisamment assuré ». Cela est vrai, dans un sens général, mais quelle pertinence l'utilisation ou la conduite de son automobile avait-elle quant à l'acte qui a causé les lésions, soit celui de jeter les pierres? M. Farmer a-t-il commis son délit en qualité d'automobiliste ou de jeteur de pierres? Dans ce dernier cas, l'acte de jeter les pierres était-il lié assez étroitement à l'utilisation de son automobile pour que son délit soit considéré comme le délit d'un « automobiliste » au sens du FMPO 44R? Je ne le crois pas.

La formulation des questions en litige par la Cour d'appel de l'Ontario diffère de celle qui précède, mais le désaccord entre la majorité et le juge dissident a porté essentiellement sur la question de savoir si l'utilisation de l'automobile de M. Farmer, par ceux qui ont jeté les pierres, pour se rendre sur le lieu du crime et y transporter les pierres, puis pour s'enfuir, était séparable de l'acte qui a engagé la responsabilité (soit le fait de jeter les pierres) et des blessures ainsi infligées. S'exprimant au nom de la majorité, le juge MacFarland a conclu :

> [TRADUCTION] Dans la mesure où il existe un lien suffisant entre l'utilisation ou la conduite du véhicule sous-assuré et le fait de jeter la pierre, on peut conclure que l'utilisation ou la conduite du véhicule a contribué aux blessures de Michael Vytlingam. À mon avis, ce lien nécessaire existe en l'espèce. [Je souligne; par. 40.]

Comme je l'ai déjà dit, pour bénéficier de la protection prévue par le FMPO 44R, les Vytlingam doivent pouvoir démontrer que leur réclamation découle de la propriété ou, directement ou indirectement, de l'utilisation ou de la conduite de l'automobile de M. Farmer. Il ne suffit pas de démontrer que, « n'eût été » l'automobile de M. Farmer, le délit n'aurait pas pu être commis comme il l'a été. Prétendre qu'il suffit qu'une automobile soit utilisée pour transporter des gens sur le lieu d'un délit ou d'un crime pour que la protection contre les « automobilistes insuffisamment assurés » entre en

could not have transported the rocks weighing 27 and 30 pounds to the scene of the crime, but the insurer's liability turned on the nature of the tort not on the size of the rocks.

The claimant argues that the car was "integral" to this whole operation which was planned to include its use, but the test is concerned with the elements of the tort itself, which here consisted of dropping the rocks from a highway overpass, not transporting rocks across the countryside. As it was put by appellant's counsel, "[n]o amount of carrying rocks all over the country for whatever purpose gives rise to one iota of civil liability. Liability comes from dropping those rocks" (transcript, at p. 9).

The claimant also puts reliance on the use of the car to escape the crime scene, but by that time the tort giving rise to the liability was complete. The car-related activities are *severable* from the tort. The fact that the word "indirectly" appears in the OPCF 44R is not sufficient to overcome the fact that the tort was an intervening event wholly "severable" from the use and operation of the Farmer vehicle.

Juriansz J.A., dissenting, concluded that the rock throwing was an independent act which broke the chain of causation (para. 80). I agree.

Disposition

The Vytlingams failed to establish that Farmer's liability arose directly or indirectly out of the use or operation of Farmer's vehicle within the meaning of the OPCF 44R. The appeal must therefore be allowed.

In the circumstances, all parties will bear their own costs in all courts.

jeu revient à étirer la protection censément accordée jusqu'à ce qu'elle cède. La juge de première instance a conclu que, « n'eût été » l'automobile de M. Farmer, les auteurs du délit n'auraient pas pu transporter les pierres pesant 27 et 30 livres sur le lieu du crime, mais l'obligation de l'assureur tient à la nature du délit, et non à la grosseur des pierres.

36 Le demandeur fait valoir que l'automobile faisait « partie intégrante » de l'ensemble de l'opération, qui avait été planifiée de manière à en inclure l'utilisation, mais le test à appliquer concerne les éléments du délit proprement dit, qui consistait en l'occurrence à jeter des pierres du haut d'un pont d'étagement et non à transporter des pierres à travers la campagne. Comme l'a dit l'avocat de l'appelante, [TRADUCTION] « [l]e fait de transporter une quantité quelconque de pierres, dans tout le pays, pour quelque raison que ce soit, n'entraînera jamais la moindre responsabilité civile. La responsabilité découle du fait de jeter ces pierres » (transcription, p. 9).

37 Le demandeur se fonde également sur l'utilisation de l'automobile pour fuir le lieu du crime mais, au moment de cette fuite, le délit à l'origine de la responsabilité avait déjà été commis. Les activités liées à l'automobile sont *séparables* du délit. Le fait que le mot « indirectement » figure dans le FMPO 44R ne suffit pas pour remédier au fait que le délit constitue un événement intermédiaire entièrement « séparable » de l'utilisation et de la conduite du véhicule de M. Farmer.

38 Le juge Juriansz, qui était dissident, a conclu que le fait de jeter les pierres constituait un acte indépendant qui a rompu le lien de causalité (par. 80). Je suis d'accord avec lui.

Dispositif

39 Les Vytlingam n'ont pas réussi à établir que la responsabilité de M. Farmer découlait, directement ou indirectement, de l'utilisation ou de la conduite de son véhicule au sens du FMPO 44R. Le pourvoi doit donc être accueilli.

40 Dans les circonstances, chaque partie assumera ses propres dépens devant toutes les cours.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Adair Morse, Toronto.

Solicitors for the respondents: Laxton Glass, Toronto.

Solicitors for the intervener: Stikeman Elliott, Toronto.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante : Adair Morse, Toronto.

Procureurs des intimés : Laxton Glass, Toronto.

Procureurs de l'intervenant : Stikeman Elliott, Toronto.

Lumbermens Mutual Casualty Company *Appellant*

v.

Harold George Herbison, Mary Ann Herbison, and Jordan Daniel Herbison, Joseph Harold Herbison and Lydia Rachel Herbison, by their Litigation Guardian Harold George Herbison *Respondents*

and

Insurance Bureau of Canada *Intervener*

INDEXED AS: LUMBERMENS MUTUAL CASUALTY CO. *v.* HERBISON

Neutral citation: 2007 SCC 47.

File No.: 31079.

2006: December 11; 2007: October 19.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Insurance — Automobile insurance — Coverage of owner's policy — Hunter driving to his designated site before sunrise when he stopped and shot at white flash thinking it to be a deer tail but it was another member of his hunting party — Victim seeking to recover his damages under tortfeasor's automobile insurance policy — Whether victim's injuries arising "directly or indirectly from the use or operation" of an automobile — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 239(1).

W, a member of a yearly deer-hunting party, was driving to his designated hunting stand before sunrise when he thought he saw a deer. He got out of his truck, removed his rifle, loaded it, and shot at a flash of white, hitting H, another member of the hunting party. W was found liable in negligence to H and H's family.

Lumbermens Mutual Casualty Company *Appelante*

c.

Harold George Herbison, Mary Ann Herbison, et Jordan Daniel Herbison, Joseph Harold Herbison et Lydia Rachel Herbison, représentés par leur tuteur à l'instance Harold George Herbison *Intimés*

et

Bureau d'assurance du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : LUMBERMENS MUTUAL CASUALTY CO. *c.* HERBISON

Référence neutre : 2007 CSC 47.

N° du greffe : 31079.

2006 : 11 décembre; 2007 : 19 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Assurance — Assurance automobile — Garantie de la police de propriétaire — Chasseur roulant vers son poste d'affût désigné avant le lever du soleil lorsqu'il a stoppé, puis tiré en direction d'une lueur blanche, qu'il a prise pour la queue d'un cerf, mais qui était l'un de ses compagnons de chasse — Victime voulant obtenir réparation en vertu de la police d'assurance automobile de l'auteur du délit — Les lésions de la victime découlent-elles « directement ou indirectement de l'usage ou de la conduite » d'une automobile? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 239(1).

W, qui participait à une partie de chasse au cerf annuelle, se rendait à son poste d'affût désigné avant le lever du soleil, quand il a cru voir un cerf. Il est sorti de sa camionnette, a saisi sa carabine, l'a chargée et a tiré en direction d'une lueur blanche, atteignant H, l'un de ses compagnons de chasse. W a été jugé responsable

H and his family sought recovery from W's insurer under a standard motor vehicle liability insurance policy which, as required by s. 239(1) of the Ontario *Insurance Act*, provides coverage for loss or damage "arising from the ownership or directly or indirectly from the use or operation" of an automobile owned by the insured. The trial judge dismissed the claim against the insurer, but a majority of the Court of Appeal set aside the decision and found the insurer liable.

Held: The appeal should be allowed.

The insurance in this case is automobile insurance, and s. 239(1) of the *Insurance Act* requires that the victim demonstrate that the liability imposed by law upon the insured is for loss or damage arising from the ownership or directly or indirectly from the use or operation of the automobile. The questions are, firstly, whether the claim is in respect of a tort committed while using a motor vehicle as a motor vehicle and not for some other purpose, and secondly, whether there is an unbroken chain of causation linking the injuries to the use and operation of the vehicle. While the addition of "directly or indirectly" to s. 239(1) relaxed the causation requirement, it did not eliminate the requirement of an unbroken chain of causation. An intervening act may not necessarily break the chain of causation if it arises "in the ordinary course of things" but, even under the relaxed rule, merely fortuitous or "but for" causation is not sufficient. [10] [12-14]

In this case, W was using his vehicle for transportation, which is its ordinary use. However, in an act independent of the ownership, use or operation of his truck, W interrupted his motoring to start hunting thereby breaking the chain of causation. The injury cannot be said to have arisen "directly or indirectly from the use or operation" of the insured truck within the meaning of s. 239(1). W's truck merely created an opportunity in time and space for the damage to be inflicted, without any causal connection, direct or indirect, to the legal basis of W's tortious liability. The "but for" approach taken by the majority of the Court of Appeal did not give adequate weight to W's separate, distinct and intervening act of negligence. [1] [10-12]

envers H et la famille de H pour cause de négligence. H et sa famille ont voulu se faire indemniser par l'assureur de W en vertu d'une police type d'assurance responsabilité automobile qui, comme l'exige le par. 239(1) de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, comporte une garantie contre les pertes ou dommages « découlant de la propriété ou, directement ou indirectement, de l'usage ou de la conduite » d'une automobile appartenant à l'assuré. Le juge de première instance a rejeté la demande formulée contre l'assureur, mais la Cour d'appel, à la majorité, a infirmé cette décision et conclu à la responsabilité de l'assureur.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

L'assurance en cause est une assurance automobile et le par. 239(1) de la *Loi sur les assurances* oblige la victime à démontrer que la responsabilité que la loi impose à l'assuré concerne des pertes ou des dommages découlant de la propriété ou, directement ou indirectement, de l'usage ou de la conduite de l'automobile. Les questions à trancher sont celles de savoir, premièrement, si la réclamation vise un délit commis au cours de l'utilisation d'un véhicule à moteur en tant que véhicule à moteur et non d'une autre utilisation et, deuxièmement, s'il existe un lien de causalité ininterrompu entre les blessures subies et l'usage ou la conduite du véhicule. Bien que l'ajout des mots « directement ou indirectement » au par. 239(1) ait assoupli l'exigence en matière de causalité, il n'a pas supprimé l'obligation d'établir un lien de causalité ininterrompu. Un acte intermédiaire ne rompt pas nécessairement le lien de causalité s'il se produit « dans le cours normal des choses », mais, même selon la règle assouplie, un lien de causalité fortuit ou qui répond simplement au critère du facteur déterminant ne suffit pas. [10] [12-14]

En l'espèce, W utilisait son véhicule pour le transport, ce qui correspond à son utilisation ordinaire. Toutefois, lorsqu'il a interrompu son déplacement en camionnette pour commencer à chasser, W a rompu le lien de causalité, car cet acte était indépendant de la propriété, de l'usage ou de la conduite de son véhicule. On ne peut donc pas dire que la blessure infligée découle, « directement ou indirectement, de l'usage ou de la conduite » de la camionnette assurée, au sens du par. 239(1). La camionnette de W a simplement fourni une occasion, c'est-à-dire, un moment et un lieu, pour la réalisation du préjudice, sans lien de causalité, direct ou indirect, avec le fondement juridique de la responsabilité civile délictuelle de W. L'analyse axée sur le facteur déterminant retenue par la Cour d'appel, à la majorité, n'a pas accordé suffisamment d'importance à l'acte de négligence intermédiaire, séparé et distinct commis par W. [1] [10-12]

Cases Cited

Applied: *Citadel General Assurance Co. v. Vytlingam*, [2007] 3 S.C.R. 373, 2007 SCC 46; **distinguished:** *Amos v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 S.C.R. 405; *Lefor (Litigation guardian of) v. McClure* (2000), 49 O.R. (3d) 557; **referred to:** *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Alchimowicz v. Continental Insurance Co. of Canada* (1996), 37 C.C.L.I. (2d) 284; *Kangas v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 235 N.W.2d 42 (1975); *Derksen v. 539938 Ontario Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 398, 2001 SCC 72; *Chisholm v. Liberty Mutual Group* (2002), 60 O.R. (3d) 776; *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] S.C.R. 936.

Statutes and Regulations Cited

Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, ss. 239(1), 258(1).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Borins, Feldman and Cronk JJ.A.) (2005), 76 O.R. (3d) 81, 255 D.L.R. (4th) 75, 198 O.A.C. 257, 26 C.C.L.I. (4th) 161, 23 M.V.R. (5th) 1, [2005] O.J. No. 2262 (QL), setting aside a decision of Manton J. (2003), 2 C.C.L.I. (4th) 44, [2003] O.J. No. 3024 (QL). Appeal allowed.

Mark O. Charron and *Jaye E. Hooper*, for the appellant.

Barry D. Laushway and *Scott D. Laushway*, for the respondents.

Alan L. W. D'Silva, *Danielle K. Royal* and *Ellen Snow*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — Can it be said that when a hunter steps away from his pick-up truck under cover of darkness, leaving the engine running, and negligently shoots at a target he cannot see 1,000 feet away, and hits a companion in the leg thinking him to be a deer, that the injury arose "directly or indirectly from the use or operation" of the insured truck within the meaning of s. 239(1) of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8? A majority of the Ontario Court of Appeal gave an affirmative answer to

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Citadelle, Cie d'assurances générales c. Vytlingam*, [2007] 3 R.C.S. 373, 2007 CSC 46; **distinction d'avec les arrêts :** *Amos c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 R.C.S. 405; *Lefor (Litigation guardian of) c. McClure* (2000), 49 O.R. (3d) 557; **arrêts mentionnés :** *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Alchimowicz c. Continental Insurance Co. of Canada* (1996), 37 C.C.L.I. (2d) 284; *Kangas c. Aetna Casualty & Surety Co.*, 235 N.W.2d 42 (1975); *Derksen c. 539938 Ontario Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 398, 2001 CSC 72; *Chisholm c. Liberty Mutual Group* (2002), 60 O.R. (3d) 776; *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] R.C.S. 936.

Lois et règlements cités

Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 239(1), 258(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Borins, Feldman et Cronk) (2005), 76 O.R. (3d) 81, 255 D.L.R. (4th) 75, 198 O.A.C. 257, 26 C.C.L.I. (4th) 161, 23 M.V.R. (5th) 1, [2005] O.J. No. 2262 (QL), qui a infirmé une décision du juge Manton (2003), 2 C.C.L.I. (4th) 44, [2003] O.J. No. 3024 (QL). Pourvoi accueilli.

Mark O. Charron et *Jaye E. Hooper*, pour l'appelante.

Barry D. Laushway et *Scott D. Laushway*, pour les intimés.

Alan L. W. D'Silva, *Danielle K. Royal* et *Ellen Snow*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Lorsqu'un chasseur descend de sa camionnette alors qu'il fait nuit, sans éteindre le moteur, et fait preuve de négligence en tirant sur une cible distante de 1 000 pieds qu'il ne peut voir, atteignant ainsi un compagnon de chasse à la jambe en croyant tirer sur un cerf, peut-on dire que la blessure infligée découle, « directement ou indirectement, de l'usage ou de la conduite » du véhicule assuré, au sens du par. 239(1) de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8? La Cour d'appel 1

this question: (2005), 76 O.R. (3d) 81. It reasoned that the addition in 1990 of the phrase "indirectly or indirectly" to s. 239(1)(b) of the *Insurance Act* "effectively removed the requirement of an unbroken chain of causation" (para. 102). It was sufficient, in its view, if the use or operation of a motor vehicle "in *some manner contributes to or adds to* the injury" (para. 105 (emphasis added by Borins J.A.)). The dissent, on the contrary, concluded that not every "circumstance or activity associated with the use or operation of a motor vehicle will . . . engage s. 239(1) of the Act and the corresponding coverage condition of a motor vehicle liability insurance policy" (para. 38), and that the negligent shooting "was an act independent of the ownership, use or operation of" the hunter's truck (para. 62). I agree respectfully with the dissent. In my view, the appeal should be allowed.

de l'Ontario, à la majorité, a répondu par l'affirmative à cette question : (2005), 76 O.R. (3d) 81. À son avis, l'ajout des mots « directement ou indirectement » à l'al. 239(1)b) de la *Loi sur les assurances*, en 1990, [TRADUCTION] « a de fait supprimé la nécessité d'établir l'absence de rupture du lien de causalité » (par. 102). Il suffisait, selon elle, que l'usage ou la conduite d'un véhicule [TRADUCTION] « *contribue de quelque manière* aux blessures *ou les aggrave* » (par. 105 (italiques ajoutés par le juge Borins de la Cour d'appel)). La juge dissidente a conclu, au contraire, qu'il ne faut pas croire que [TRADUCTION] « toute circonstance ou activité associée à l'usage ou à la conduite d'une automobile [. . .] enclenche l'application du par. 239(1) de la Loi et des modalités de protection correspondantes prévues par une police d'assurance responsabilité automobile » (par. 38). Elle a aussi conclu que le coup de feu tiré par négligence [TRADUCTION] « était un acte indépendant de la propriété, de l'usage ou de la conduite » de la camionnette du chasseur (par. 62). Je souscris à l'opinion dissidente. Je suis d'avis d'accueillir l'appel.

I. Facts

2 As a member of a yearly deer-hunting party, Fred Wolfe (who is not a party to this appeal) was driving to his designated hunting stand when he thought he saw a deer. It was before sunrise. He stopped and got out of his truck. He removed his rifle, loaded it and, seeing a flash of white in the headlights (which he concluded was the tail of a deer about to take flight), he shot. Unfortunately, he hit another member of the hunting party, the respondent Harold George Herbison.

3 At a previous trial, Wolfe was found liable in negligence to Herbison and members of the Herbison family. Damages were assessed at $832,272.85 plus interest and costs.

4 Wolfe is the named insured under a standard motor vehicle liability insurance policy issued by the appellant, the Lumbermens Mutual Casualty Company. The Herbisons sued Lumbermens,

I. Les faits

À l'occasion d'une partie de chasse au cerf annuelle, Fred Wolfe (qui n'est pas partie à l'appel) se rendait à son poste d'affût désigné quand il a cru voir un cerf. Le soleil n'était pas encore levé. Il a stoppé sa camionnette et en est sorti. Il a saisi sa carabine, l'a chargée et, apercevant une lueur blanche dans le faisceau des phares (qu'il a prise pour la queue d'un cerf sur le point de détaler), il a tiré. Malheureusement, il a atteint l'un de ses compagnons de chasse, l'intimé Harold George Herbison.

À l'issue d'un procès antérieur, M. Wolfe a été jugé responsable envers M. Herbison et les membres de sa famille, pour cause de négligence. Le montant des dommages-intérêts a été fixé à 832 272,85 $, plus les intérêts et les dépens.

M. Wolfe est l'assuré nommé dans une police type d'assurance responsabilité automobile délivrée par l'appelante, la Lumbermens Mutual Casualty Company. Les Herbison ont poursuivi Lumbermens

seeking to have the insurer satisfy their judgement against Wolfe. As required by s. 239(1) of the *Insurance Act*, Wolfe's automobile policy provides coverage for loss or damage "arising from the ownership or directly or indirectly from the use or operation" of an automobile owned by the insured. Section 258(1) of the *Insurance Act* provides, in part, that any person who has a claim against an insured for which indemnity is provided by a motor vehicle liability policy may have the insurance money paid over in satisfaction of the judgment. At trial, the Herbisons argued that Harold's injuries arose "directly or indirectly" from the use or operation of Wolfe's truck because:

(a) Wolfe was using a 4 wheel drive truck which is commonly used by game hunters to access difficult terrains and drive in the bush.

(b) [Wolfe was in] poor physical condition, having a heart condition and difficulty walking, [he] was dependent on his truck to get to his hunting stand . . . .

(c) The muffler on the Wolfe truck was in poor condition and noisy, and had it not been, it is possible that Wolfe could have heard Herbison and his nephew talk.

(d) Although Wolfe says he was not intending to use the headlights on his truck to illuminate the target, he does not believe that he would have taken that shot had it not been for the headlights of the truck illuminating the general area to some extent.

((2003), 2 C.C.L.I. (4th) 44, at para. 11)

Lumbermens argued that Wolfe's shot was not related in any relevant way to the use or operation of his truck.

II. Relevant Statutory Provisions

Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8

239.—(1) Subject to section 240, every contract evidenced by an owner's policy insures the person named

pour obtenir l'exécution, par cet assureur, du jugement rendu contre M. Wolfe. Comme l'exige le par. 239(1) de la *Loi sur les assurances*, la police d'assurance responsabilité automobile de M. Wolfe le protège contre les pertes ou dommages « découlant de la propriété ou, directement ou indirectement, de l'usage ou de la conduite » d'une automobile appartenant à l'assuré. Le paragraphe 258(1) de la *Loi sur les assurances* prévoit notamment qu'une personne qui formule contre un assuré une demande de règlement pour laquelle une indemnité est prévue par une police d'assurance responsabilité automobile peut faire affecter les sommes assurées à l'exécution du jugement rendu. En première instance, les Herbison ont soutenu que les blessures subies par Harold découlaient « directement ou indirectement » de l'usage ou de la conduite de la camionnette de M. Wolfe pour les raisons suivantes :

[TRADUCTION]

a) M. Wolfe conduisait une camionnette à quatre roues motrices souvent utilisée par les chasseurs pour se rendre dans des endroits difficiles d'accès et conduire en forêt.

b) Étant donné sa piètre condition physique, souffrant d'une maladie cardiaque et ayant de la difficulté à marcher, M. Wolfe avait besoin de sa camionnette pour se rendre à son poste d'affût . . .

c) Le silencieux de la camionnette de M. Wolfe fonctionnait mal et faisait du bruit et, si tel n'avait pas été le cas, M. Wolfe aurait peut-être pu entendre M. Herbison parler avec son neveu.

d) Bien que M. Wolfe affirme qu'il ne cherchait pas à se servir des phares de sa camionnette pour éclairer la cible, il ne croit pas qu'il aurait tiré si ses phares n'avaient pas éclairé les alentours dans une certaine mesure.

((2003), 2 C.C.L.I. (4th) 44, par. 11)

Lumbermens fait valoir qu'il n'existe aucun lien pertinent entre le coup de feu tiré par M. Wolfe et l'usage ou la conduite de sa camionnette. 5

II. Les dispositions législatives pertinentes.

Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8 6

239 (1) Sous réserve de l'article 240, le contrat constaté par une police de propriétaire assure la

therein, and every other person who with the named person's consent drives, or is an occupant of, an automobile owned by the insured named in the contract and within the description or definition thereof in the contract, against liability imposed by law upon the insured named in the contract or that other person for loss or damage,

(a) arising from the ownership or directly or indirectly from the use or operation of any such automobile; and

(b) resulting from bodily injury to or the death of any person and damage to property.

258.—(1) Any person who has a claim against an insured for which indemnity is provided by a contract evidenced by a motor vehicle liability policy, even if such person is not a party to the contract, may, upon recovering a judgment therefor in any province or territory of Canada against the insured, have the insurance money payable under the contract applied in or towards satisfaction of the person's judgment and of any other judgments or claims against the insured covered by the contact and may, on the person's own behalf and on behalf of all persons having such judgments or claims, maintain an action against the insurer to have the insurance money so applied.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice (Manton J.)* (2003), 2 C.C.L.I. (4th) 44

7 In a brief judgment, the trial judge concluded that "[t]he negligent shooting by Wolfe constituted an intervening act that was merely incidental to the use and operation of the vehicle" (para. 23). Moreover, "[t]he fact that the noisy muffler may have drowned out the victim's chatter amounts to mere speculation and is, in any event, an incidental use to the accident at the core of the litigation" (para. 23). Finally, "[e]ven if it was accepted that Wolfe would not have fired his gun but for the illumination of the headlights . . ., the illumination still amounts to an ancillary act in Wolfe's negligent misfiring. Wolfe's negligence was in firing a shot toward a target that he could not see. The operation of the headlights in no way contributed to that negligent act. In fact, one would expect a hunter

personne qui y est nommée, ainsi que toute autre personne qui, avec son consentement, conduit une automobile appartenant à l'assuré nommément désigné dans le contrat, ou qui est une personne transportée, dans les limites qu'en donne la description ou la définition figurant au contrat, contre la responsabilité que la loi impose à l'assuré nommément désigné dans le contrat ou à cette autre personne pour les pertes ou les dommages :

a) découlant de la propriété ou, directement ou indirectement, de l'usage ou de la conduite de l'automobile;

b) résultant de lésions corporelles ou du décès d'une personne ou de dommages matériels.

258 (1) La personne qui formule contre un assuré une demande de règlement pour laquelle une indemnité est prévue par un contrat constaté par une police de responsabilité peut, bien qu'elle ne soit pas partie au contrat et lorsqu'un jugement dans cette affaire est rendu contre l'assuré en sa faveur dans une province ou un territoire du Canada, faire affecter les sommes assurées payables aux termes du contrat à l'exécution du jugement rendu ainsi que tous les autres jugements ou demandes contre l'assuré couvert par le contrat. Elle peut en son nom propre et au nom de toutes les personnes ayant présenté ces demandes ou en faveur desquelles ces jugements ont été rendus, intenter contre l'assureur une action en vue de faire ainsi affecter ces sommes assurées.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Manton)* (2003), 2 C.C.L.I. (4th) 44

Dans un bref jugement, le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] « le coup de feu tiré par négligence par M. Wolfe constituait un acte intermédiaire qui était simplement accessoire à l'usage ou à la conduite du véhicule » (par. 23). Il a indiqué, en outre, que [TRADUCTION] « la possibilité que le silencieux bruyant ait couvert la conversation de la victime n'est qu'une supposition et, de toute manière, il s'agit d'un usage accessoire par rapport à l'accident qui est au cœur du litige » (par. 23). Enfin, [TRADUCTION] « même en acceptant que M. Wolfe n'aurait pas fait feu si les phares n'avaient pas été allumés [. . .], l'éclairage est encore un fait accessoire dans l'utilisation négligente d'une arme à feu par M. Wolfe. La négligence provient de ce que M. Wolfe a tiré sur une cible qu'il ne pouvait

to be less negligent when a target becomes illuminated" (para. 24). The claim against the insurer was dismissed.

B. *Ontario Court of Appeal* (2005), 76 O.R. (3d) 81

Borins J.A., for the majority, allowed the appeal. He referred to *Amos v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 S.C.R. 405, which, at para. 17, in the context of no-fault motor vehicle benefits, set out the following two-part test:

1. Did the accident result from the ordinary and well-known activities to which automobiles are put? [The "purpose" test.]

2. Is there some nexus or causal relationship (not necessarily a direct or proximate causal relationship) between the appellant's injuries and the ownership, use or operation of his vehicle, or is the connection between the injuries and the ownership, use or operation of the vehicle merely incidental or fortuitous? [The "causation" test.] [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

Borins J.A. applied the test to indemnity insurance and held that the evidence here satisfied both the purpose and the causation branches. In his view, the 1990 amendment to s. 239(1), which added the words "directly or indirectly", had "effectively removed the requirement of an unbroken chain of causation from the causation test" (para. 102). Borins J.A. observed that "Mr. Wolfe's truck took on a special purpose as its use was the only way that he could travel to the site to join the deer hunting party" (para. 113), and that,

[w]hile Mr. Wolfe had not reached the deer-hunting stand when he shot Mr. Herbison, it is significant to the causation analysis that the reason that Mr. Wolfe had set out in his vehicle was to go deer hunting. He was engaged in deer hunting when, tragically, he shot Mr. Herbison, having mistaken him for a deer. While Mr. Herbison's damages did not arise directly from Mr. Wolfe's use or operation of his pick-up truck, there

pas voir. L'utilisation des phares n'a contribué d'aucune façon à cette négligence. En fait, on peut penser qu'un chasseur serait moins négligent lorsque la cible est éclairée » (par. 24). La demande formulée contre l'assureur a été rejetée.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2005), 76 O.R. (3d) 81

Le juge Borins a accueilli l'appel au nom des juges majoritaires. Il s'est reporté à l'arrêt *Amos c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 R.C.S. 405, qui a établi, au par. 17, le test à deux volets suivant dans le contexte des indemnités d'assurance automobile sans égard à la faute : 8

1. L'accident résulte-t-il d'activités ordinaires et bien connues auxquelles les automobiles servent? [Le critère de « l'objet ».]

2. Existe-t-il un lien de causalité (pas nécessairement direct ou immédiat) entre les blessures de l'appelant et la propriété, l'utilisation ou la conduite de son véhicule, ou le lien entre les blessures et la propriété, l'utilisation ou la conduite du véhicule est-il simplement accidentel ou fortuit? [Le critère de la « causalité ».] [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

Le juge Borins a appliqué ce test à l'assurance-indemnisation et conclu que la preuve satisfaisait aux deux volets, de l'objet et de la causalité. Selon lui, la modification apportée en 1990 au par. 239(1) par l'ajout des mots « directement ou indirectement » [TRADUCTION] « a supprimé de fait la nécessité d'établir l'absence de rupture du lien de causalité pour l'application du critère de la causalité » (par. 102). Le juge a signalé que [TRADUCTION] « la camionnette de M. Wolfe servait à un objet particulier, car c'était le seul moyen par lequel il pouvait se rendre au site de la partie de chasse au cerf » (par. 113), et que,

[TRADUCTION] [m]ême si M. Wolfe n'était pas encore parvenu à son poste d'affût lorsqu'il a atteint M. Herbison, le fait que ce soit pour aller à la chasse au cerf qu'il a pris son véhicule est significatif pour l'analyse de la causalité. Il chassait le cerf lorsqu'il a tragiquement tiré sur M. Herbison, croyant qu'il s'agissait d'un cerf. Bien qu'il ne découle pas directement de l'usage ou de la conduite de la camionnette par M. Wolfe, le

was a sufficient nexus between its use or operation and the damages sustained by Mr. Herbison to find that his damages arose indirectly from the use or operation of the truck. In my view, this is sufficient to satisfy the causation test. [para. 116]

9 Feldman J.A., concurring, considered this case not to be distinguishable from *Lefor (Litigation guardian of) v. McClure* (2000), 49 O.R. (3d) 557 (C.A.), adding that

> the injury at some point may be sufficiently remote from the insured vehicle, perhaps in time, in physical proximity, or in some other way, that it could not be considered to have arisen directly or indirectly from the ownership, use or operation of the vehicle. However, I agree with Borins J.A. that based on the existing case law, the circumstances of this case fall within coverage under the statutory language. [para. 123]

Cronk J.A., dissenting, stated that "when Mr. Herbison was shot, the Wolfe vehicle was not being used for a purpose from which the injuries resulted" (para. 54). Moreover,

> Mr. Wolfe's negligent shooting of Mr. Herbison was an act independent of the ownership, use or operation of the Wolfe truck and the ownership, use or operation of the truck was merely incidental to the injuries sustained by Mr. Herbison. In my opinion, there was no nexus or causal connection, direct or indirect, between these injuries and the ownership, use or operation of the pick-up truck. [para. 62]

She would have dismissed the appeal.

IV. Analysis

10 In a tragic case like the present, it is tempting to look to an insurer's deep pockets as the only available source of compensation for a seriously injured and innocent victim. However, the insurance in this case is *automobile* insurance, and s. 239 requires the victim to demonstrate that the "liability imposed by law upon the insured [Wolfe]" is for "loss or damage . . . arising from the ownership or directly or indirectly from the use or operation of [the insured Wolfe's] automobile". Can it be said that Wolfe's negligent shooting was fairly within the

préjudice subi par M. Herbison était suffisamment lié à son usage ou à sa conduite pour qu'on puisse conclure qu'il en découle indirectement. À mon avis, cela suffit pour satisfaire au critère de la causalité. [par. 116]

Dans ses motifs concourants, la juge Feldman a signalé qu'il n'était pas possible d'établir une distinction d'avec l'affaire *Lefor (Litigation guardian of) c. McClure* (2000), 49 O.R. (3d) 557 (C.A.), ajoutant qu'il

> [TRADUCTION] peut y avoir, entre le préjudice et le véhicule assuré, un éloignement suffisant, sur les plans temporel ou physique ou sur un autre plan, pour qu'on ne considère pas que le préjudice découle directement ou indirectement de la propriété, de l'usage ou de la conduite du véhicule. Je conviens toutefois avec le juge Borins que, compte tenu de la jurisprudence, les circonstances de la présente affaire sont comprises dans la protection prévue conformément à la loi. [par. 123]

Dans sa dissidence, la juge Cronk a conclu que [TRADUCTION] « lorsque M. Herbison a été atteint d'un coup de feu, le véhicule de M. Wolfe ne servait pas à un objet dont les blessures ont résulté » (par. 54). Elle a ajouté :

> [TRADUCTION] Le coup de feu tiré avec négligence par M. Wolfe, qui a atteint M. Herbison, était un acte indépendant de la propriété, de l'usage ou de la conduite de la camionnette de M. Wolfe, qui n'ont joué qu'un rôle accessoire dans les blessures subies par M. Herbison. À mon avis, il n'y a pas de lien de causalité, direct ou indirect, entre ces blessures et la propriété, l'usage ou la conduite de la camionnette. [par. 62]

La juge Cronk aurait rejeté l'appel.

IV. Analyse

Dans une affaire aussi tragique que celle-ci, il est tentant de voir les coffres d'un assureur comme unique source d'indemnisation disponible pour une victime innocente gravement blessée. Toutefois, en l'espèce, l'assurance en cause est une assurance *automobile*, et l'art. 239 oblige la victime à démontrer que « la responsabilité que la loi impose à l'assuré », M. Wolfe, concerne « les pertes ou les dommages [. . .] découlant de la propriété ou, directement ou indirectement, de l'usage ou de la conduite de l'automobile » de l'assuré, soit M.

risk created by his use or operation of the insured truck, or did the use of the truck merely create an opportunity in time and space for the damage to be inflicted, without any causal connection direct or indirect to the legal basis of Wolfe's tortious liability? Clearly, I think, the latter is the case. As Estey J. observed in *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, "the courts should be loath to support a construction which would either enable the insurer to pocket the premium without risk or the insured to achieve a recovery which could neither be sensibly sought nor anticipated at the time of the contract" (pp. 901-2).

Wolfe. Est-ce que le coup de feu tiré par négligence par M. Wolfe peut honnêtement être considéré comme faisant partie du risque créé par son usage ou sa conduite de la camionnette assurée, ou est-ce que l'usage de la camionnette a simplement fourni une occasion, c'est-à-dire, un moment et un lieu, pour la réalisation du préjudice, sans lien de causalité direct ou indirect avec le fondement juridique de la responsabilité civile délictuelle de M. Wolfe? Je crois que la deuxième hypothèse est manifestement la bonne. Comme le juge Estey l'a fait remarquer dans *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, « les cours devraient être réticentes à appuyer une interprétation qui permettrait soit à l'assureur de toucher une prime sans risque soit à l'assuré d'obtenir une indemnité que l'on n'a pas pu raisonnablement rechercher ni escompter au moment du contrat » (p. 901-902).

In my view, Cronk J.A. was correct to uphold the finding of the trial judge that the shooting was an act independent of the ownership, use or operation of Wolfe's truck. The approach taken by the majority did not give adequate weight to Wolfe's separate, distinct and intervening act of negligence in firing the rifle at a target 1,000 feet away that he could not see, and which turned out to be the unfortunate Mr. Herbison. As the Ontario Court of Appeal remarked in *Alchimowicz v. Continental Insurance Co. of Canada* (1996), 37 C.C.L.I. (2d) 284, "[a]s liberally as one may choose to interpret legislation which provides benefits to persons who are injured, it must be remembered that this is automobile legislation" (para. 9). *Amos* itself rejected a simple "but for" test. In para. 21, Major J. quoted with approval from *Kangas v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 235 N.W.2d 42 (1975), where the Michigan Court of Appeals stated, at p. 50:

11 À mon avis, la juge Cronk a eu raison de confirmer la conclusion du juge de première instance selon laquelle le coup de feu était un acte indépendant de la propriété, de l'usage ou de la conduite du véhicule de M. Wolfe. La méthode d'analyse retenue par les juges de la majorité n'a pas accordé suffisamment d'importance à l'acte de négligence intermédiaire, séparé et distinct que M. Wolfe a commis en tirant un coup de feu sur une cible qu'il ne pouvait voir, à une distance de 1 000 pieds, et qui s'est révélée être le malheureux M. Herbison. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a signalé dans *Alchimowicz c. Continental Insurance Co. of Canada* (1996), 37 C.C.L.I. (2d) 284 : [TRADUCTION] « Si libérale soit l'interprétation qu'on souhaite attribuer à une loi accordant une indemnité aux personnes qui ont subi un préjudice, il faut se rappeler qu'il s'agit d'une loi en matière automobile » (par. 9). L'arrêt *Amos* lui-même a rejeté le simple critère du facteur déterminant (ou « n'eût été »). Au paragraphe 21, le juge Major a cité en l'approuvant l'arrêt *Kangas c. Aetna Casualty & Surety Co.*, 235 N.W.2d 42 (1975), dans lequel la Cour d'appel du Michigan a déclaré, à la p. 50 :

. . . there still must be a causal connection between the injury sustained and the ownership, maintenance or use of the automobile and which causal connection is

[TRADUCTION] . . . il doit tout de même exister un lien de causalité entre la blessure subie et la propriété, l'entretien ou l'utilisation de l'automobile, et ce lien de

more than incidental, fortuitous or but for. [Emphasis added.]

12 In this appeal, of course, we are not concerned with no-fault statutory accident benefits payable to an insured. In *Amos*, the focus was necessarily on the use of the claimant's car; the focus here is on the use of the tortfeasor's vehicle. The questions are, firstly, whether the Herbison claim is in respect of a tort committed by Wolfe in using his motor vehicle as a motor vehicle and not for some other purpose and, secondly, whether there is an unbroken chain of causation linking the Herbison injuries to the use and operation of the Wolfe vehicle which is shown to be more than simply fortuitous or "but for". The first question is easily disposed of. Wolfe was using his vehicle for transportation, which is its usual and ordinary use. It is the second question (causation) that is the claimant's difficulty. Wolfe interrupted his motoring to start hunting. Herbison does not complain about Wolfe's use and operation of the insured truck. He complains about the gunshot that put the bullet in his knee.

13 In reaching the opposite conclusion, i.e. that the addition of the words "directly or indirectly" eliminated the requirement "of an unbroken chain of causation" (para. 102), Borins J.A. relied on *Lefor*. In that case, the driver of a car, a mother hurrying to a concert, intended to drop her two young children at their grandmother's house for the evening. On arrival, she parked her car on the opposite side of the street, left the engine of her car running, and got out of the car with both of her children. Her daughter, while crossing the street, was struck and injured by an approaching vehicle. The insurer was held liable to indemnify the mother from the daughter's claim because, as I read the decision of Sharpe J.A., the mother's negligence in crossing the street did *not* break the chain of causation. He writes:

causalité est plus qu'accidentel ou fortuit et dépasse le critère du facteur déterminant. [Je souligne.]

Nous ne sommes évidemment pas appelés en l'espèce à nous prononcer sur les indemnités légales sans égard à la faute payables à l'assuré victime d'un accident. Dans *Amos*, l'analyse était nécessairement centrée sur l'usage de l'automobile du demandeur, alors qu'en l'espèce, elle est centrée sur l'usage du véhicule de l'auteur du délit. Il faut répondre à deux questions. Premièrement, la réclamation des Herbison vise-t-elle un délit commis par M. Wolfe au cours de l'utilisation de son véhicule à moteur en tant que véhicule à moteur et non au cours d'une autre utilisation? Deuxièmement, existe-t-il, entre les blessures subies par M. Herbison et l'utilisation et la conduite du véhicule de M. Wolfe, un lien de causalité ininterrompu qui n'est pas simplement fortuit ou qui dépasse le critère du facteur déterminant? Il est facile de répondre à la première question. M. Wolfe utilisait son véhicule pour le transport, ce qui correspond à son utilisation habituelle et ordinaire. C'est la deuxième question (celle de la causalité) qui est problématique pour le demandeur. M. Wolfe a interrompu son déplacement en automobile pour commencer à chasser. M. Herbison ne se plaint pas de l'usage et de la conduite de la camionnette assurée par M. Wolfe, mais du coup de feu qui l'a atteint au genou.

Pour tirer la conclusion opposée, c'est-à-dire que l'ajout des mots « directement ou indirectement » a supprimé la nécessité d'établir « l'absence de rupture du lien de causalité » (par. 102), le juge Borins s'est appuyé sur *Lefor*. Dans cette affaire, une mère, pressée de se rendre à un concert et voulant conduire ses deux enfants chez leur grand-mère pour la soirée, avait garé la voiture de l'autre côté de la rue en laissant tourner le moteur et était sortie du véhicule avec ses deux enfants. Sa fille s'est fait frapper par une automobile en traversant la rue et a subi des blessures. L'assureur a été tenu d'indemniser la mère à l'égard de la réclamation de la fillette parce que, à ce que je comprends des motifs du juge Sharpe, la négligence dont la mère avait fait preuve en traversant la rue *n'*avait *pas* rompu le lien de causalité. Le juge Sharpe a écrit :

Ms. Lefor's decision to park her car on the opposite side of the road from her mother's house and leave it running while she and her children darted across the street placed Netasha in a situation of danger and triggered the sequence of events that resulted in Netasha's injuries. The alleged negligence of Karen Lefor after she left her vehicle does not preclude coverage . . . . [para. 8]

[TRADUCTION] La décision de M^me^ Lefor de garer sa voiture de l'autre côté de la rue où se trouvait la maison de sa mère et de laisser le moteur tourner pendant que ses enfants et elle se précipitaient de l'autre côté de la rue a mis Netasha en danger et a enclenché la suite d'événements dont ont résulté les blessures subies par Netasha. La négligence qu'aurait commise Karen Lefor après avoir quitté son véhicule n'empêche pas l'application de la protection . . . [par. 8]

It is in the ordinary course of things for a child dropped on the wrong side of the street to "dart" to the other side to get to her grandmother's house, with all the foreseeable risks that such a crossing entails. *Lefor*, in my view, is a very different case from the present case. In *Derksen v. 539938 Ontario Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 398, 2001 SCC 72, the Court accepted that an intervening act may not necessarily break the chain of causation if the intervention can be considered "a not abnormal incident of the risk" created by use of the vehicle or is likely to arise in "the ordinary course of things" (para. 33). The same point is made by Laskin J.A. in *Chisholm v. Liberty Mutual Group* (2002), 60 O.R. (3d) 776 (C.A.), at para. 29. This reasoning applies to *Lefor*. The mother's post-vehicle conduct was so closely intertwined with her negligent parking that from the perspective of causation, direct *or indirect*, the two were not "severable"; see *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] S.C.R. 936, at p. 940.

Il s'inscrit dans le cours normal des choses qu'un enfant déposé du mauvais côté de la rue se « précipite » chez sa grand-mère, avec tous les risques prévisibles que le fait de traverser la rue peut comporter. Selon moi, la situation dont nous sommes saisis est très différente de celle de l'affaire *Lefor*. Dans *Derksen c. 539938 Ontario Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 398, 2001 CSC 72, notre Cour a reconnu qu'un acte intermédiaire ne rompt pas nécessairement le lien de causalité s'il peut être considéré comme « une conséquence non anormale du risque » créé par l'usage du véhicule ou s'il a des chances de se produire « dans le cours normal des choses » (par. 33). Le juge Laskin a exposé le même point de vue dans *Chisholm c. Liberty Mutual Group* (2002), 60 O.R. (3d) 776 (C.A.), par. 29. Ce raisonnement s'applique à l'affaire *Lefor*. Les actes de la mère, après sa sortie du véhicule, se rattachent de si près à son erreur de stationnement que, du point de vue du lien de causalité, direct *ou indirect*, ils n'en sont pas « séparables »; voir *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] R.C.S. 936, p. 940.

All the judges in the Ontario Court of Appeal considered that in the interpretation of s. 239, they were bound to apply the "no-fault" test set out in *Amos*. However, for the reasons set out in *Citadel General Assurance Co. v. Vytlingam*, [2007] 3 S.C.R. 373, 2007 SCC 46, released concurrently, I believe their interpretation of *Amos* goes too far. *Amos* was a no-fault benefit case. Although the language of the "injuries arising" term in *Amos* is similar to the language of s. 239(1), that phrase does not exhaust the requirements of indemnity insurance. It is simply not enough to find that the use or operation of the tortfeasor's motor vehicle "in *some manner contributes to or adds to* the injury" (*Amos*, at para. 26, cited by Borins J. A., at para. 105). While I agree with the Ontario

14 Tous les juges de la Cour d'appel de l'Ontario s'estimaient tenus, pour interpréter l'art. 239, d'appliquer le critère d'indemnisation sans égard à la faute établi dans *Amos*. Toutefois, pour les motifs exposés dans *Citadelle, Cie d'assurances générales c. Vytlingam*, [2007] 3 R.C.S. 373, 2007 CSC 46, déposés simultanément, je crois qu'il s'agit d'une application trop large de l'arrêt *Amos*. Ce dernier portait sur des indemnités sans égard à la faute. Bien que la formulation de la question des « blessures découlant » dans *Amos* soit similaire à celle du par. 239(1), ces termes ne couvrent pas toutes les conditions d'application de l'assurance-indemnisation. Il n'est tout simplement pas suffisant de conclure que l'usage ou la conduite de l'automobile de l'auteur du délit « *contribue de quelque manière*

Court of Appeal that the addition of the "directly or indirectly" language to s. 239 relaxed the causation requirement, nevertheless, *some* causation link must be found and it must constitute a link in an unbroken chain. I agree with the dissenting judgment of Cronk J.A. that here the source of Wolfe's liability to the Herbisons was a tort quite independent of the use and operation of his truck.

V. Disposition

15 I would therefore allow the appeal but, in the circumstances, with each side bearing its own costs here and in the courts below.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Williams McEnery, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Laushway Law Office, Prescott, Ontario.

Solicitors for the intervener: Stikeman Elliott, Toronto.

aux blessures *ou les aggrave* » (*Amos*, par. 26, cité par le juge Borins au par. 105). Je suis d'accord avec la Cour d'appel de l'Ontario pour dire que l'ajout des mots « directement ou indirectement » à l'art. 239 a assoupli l'exigence en matière de causalité, mais il n'en reste pas moins qu'il faut établir un *certain* lien de causalité et que ce lien doit être ininterrompu. Je souscris à l'opinion dissidente de la juge Cronk selon laquelle la responsabilité de M. Wolfe envers les Herbison découle d'une faute assez indépendante de l'usage ou de la conduite de sa camionnette.

V. Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi mais, dans les circonstances, chaque partie assumera ses dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante : Williams McEnery, Ottawa.

Procureurs des intimés : Laushway Law Office, Prescott, Ontario.

Procureurs de l'intervenant : Stikeman Elliott, Toronto.

Jagrup Singh *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Director of Public Prosecutions of Canada, Criminal Lawyers' Association of Ontario and Canadian Association of Chiefs of Police *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* SINGH

Neutral citation: 2007 SCC 48.

File No.: 31558.

2007: May 23; 2007: November 1.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to silence — Scope of pre-trial right to silence — Interplay between confessions rule and right to silence — Accused charged with second degree murder detained by police — Accused making statements to police during interviews after he had asserted his constitutional right to silence many times — Whether police breached accused's right to silence — Whether police should have stopped trying to obtain admissions once accused asserted his right to silence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

The accused was arrested for second degree murder in respect of the shooting death of an innocent bystander who was killed by a stray bullet while standing just inside the doorway of a pub. The accused was advised of his right to counsel under s. 10(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and privately consulted with counsel. During the course of two subsequent interviews with police, the accused stated on numerous occasions that he did not want to talk about the

Jagrup Singh *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, Directeur des poursuites pénales du Canada, Criminal Lawyers' Association of Ontario et Association canadienne des chefs de police *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* SINGH

Référence neutre : 2007 CSC 48.

N° du greffe : 31558.

2007 : 23 mai; 2007 : 1er novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de garder le silence — Portée du droit de garder le silence avant le procès — Interaction entre la règle des confessions et le droit de garder le silence — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré détenu par la police — Accusé faisant des déclarations à la police pendant des interrogatoires après avoir invoqué à maintes reprises son droit constitutionnel de garder le silence — La police a-t-elle violé le droit de l'accusé de garder le silence? — La police aurait-elle dû cesser de tenter d'obtenir des aveux dès que l'accusé a invoqué son droit de garder le silence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

L'accusé a été arrêté pour le meurtre au deuxième degré d'un passant innocent tué par une balle perdue alors qu'il se tenait dans l'entrée d'un pub. Il a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et a eu un entretien privé avec son avocat. Au cours de deux interrogatoires subséquents menés par la police, l'accusé a déclaré, à maintes reprises, qu'il ne voulait pas parler de l'épisode. Le policier qui l'interrogeait

incident. The interviewing officer persisted in trying to get him to make a statement. While the accused never confessed to the crime, he made a number of admissions which, when taken together with other evidence, later became probative of the issue of identification at trial. On the *voir dire* to determine the admissibility of the statements made by the accused, the trial judge held, after reviewing all of the circumstances surrounding the interrogation and the making of the incriminating admission, that the admission came freely and did not result from the police systematically breaking down his operating mind or undermining his right to silence. The probative value of the statements was held to outweigh their prejudicial effect and the trial judge thus ruled them admissible. The accused was subsequently convicted by a jury. The Court of Appeal upheld the trial judge's ruling and affirmed the conviction. Both in the Court of Appeal and in this Court the accused did not contest the trial judge's findings of fact nor his conclusion that the statements were voluntary; his appeal solely concerns the s. 7 *Charter* right to silence.

Held (Binnie, LeBel, Fish and Abella JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: There was no error in law in the approach adopted by the courts below. Although historically the confessions rule was more concerned with the reliability of confessions than the protection against self-incrimination, this no longer holds true in the post-*Charter* era. The modern expansive view of the confessions rule clearly includes the right of the detained person to make a meaningful choice whether or not to speak to state authorities. On the question of voluntariness, as under any distinct s. 7 review based on an alleged breach of the right to silence, the focus is on the conduct of the police and its effect on the accused's ability to exercise his or her free will. The test is an objective one, but the individual characteristics of the accused are obviously relevant considerations in applying this objective test. Although the confessions rule applies whether or not the suspect is in detention, the common law recognized, long before the advent of the *Charter*, that the suspect's situation is much different after detention. After detention, the state authorities are in control and the detainee, who cannot simply walk away, is in a more vulnerable position. There is a greater risk of abuse of power by the police. [8] [21] [32] [35-36]

a persisté à tenter de l'amener à faire une déclaration. Bien qu'il n'ait jamais confessé le crime, l'accusé a fait un certain nombre d'aveux qui, combinés à d'autres éléments de preuve, sont par la suite devenus probants relativement à la question de l'identification au procès. Lors du voir-dire visant à déterminer l'admissibilité des déclarations de l'accusé, le juge du procès a conclu, après avoir examiné l'ensemble des circonstances ayant entouré l'interrogatoire et l'aveu incriminant, que cet aveu avait été fait librement et ne résultait pas du fait que la police avait systématiquement détruit l'état d'esprit conscient de l'accusé ou compromis son droit de garder le silence. Le juge a considéré que la valeur probante des déclarations l'emportait sur leur effet préjudiciable et il a donc décidé que ces déclarations étaient admissibles. L'accusé a, par la suite, été déclaré coupable par un jury. La Cour d'appel a maintenu la décision du juge du procès et confirmé la déclaration de culpabilité. Tant devant la Cour d'appel que devant notre Cour, l'accusé n'a pas contesté les conclusions de fait du juge du procès ni sa conclusion que les déclarations étaient volontaires; son pourvoi ne porte que sur le droit de garder le silence garanti par l'art. 7 de la *Charte*.

Arrêt (les juges Binnie, LeBel, Fish et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Deschamps, Charron et Rothstein : Il n'y a aucune erreur de droit dans l'approche adoptée par les tribunaux d'instance inférieure. Même si, autrefois, la règle des confessions s'attachait davantage à la fiabilité des confessions qu'à la protection contre l'auto-incrimination, ce n'est plus le cas depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*. L'interprétation large moderne de la règle des confessions inclut nettement le droit de la personne détenue de faire un choix utile quant à savoir si elle parlera ou non aux autorités de l'État. En ce qui concerne la question du caractère volontaire, comme dans tout examen distinct effectué en vertu de l'art. 7 au sujet d'une allégation de violation du droit de garder le silence, l'accent est mis sur le comportement de la police et sur l'incidence qu'il a eu sur la capacité de l'accusé d'user de son libre arbitre. Le critère est de nature objective, mais les caractéristiques individuelles de l'accusé constituent, de toute évidence, des facteurs pertinents pour appliquer ce critère objectif. Bien que la règle des confessions s'applique peu importe que le suspect soit détenu ou non, la common law reconnaissait, bien avant l'avènement de la *Charte*, que la situation du suspect est très différente après sa mise en détention. Après la mise en détention, les autorités de l'État ont la situation en main et le détenu, qui ne peut pas simplement s'esquiver, se trouve dans une position plus vulnérable. Le risque d'abus de pouvoir de la part des policiers est plus élevé. [8] [21] [32] [35-36]

In the context of an interrogation of a detainee by an obvious person in authority, a finding of voluntariness will be determinative of the s. 7 issue since voluntariness, as it is understood today, requires that the court scrutinize whether the detainee was denied his or her right to silence. In such circumstances, the confessions rule effectively subsumes the constitutional right to silence because the two tests are functionally equivalent. It follows that, where a statement has survived a thorough inquiry into voluntariness, the accused's *Charter* application alleging that the statement was obtained in violation of the pre-trial right to silence under s. 7 cannot succeed. Conversely, if circumstances are such that the accused can show on a balance of probabilities that the statement was obtained in violation of his or her constitutional right to remain silent, the Crown will be unable to prove voluntariness beyond a reasonable doubt. However, this does not mean that the residual protection afforded to the right to silence under s. 7 of the *Charter* cannot supplement the common law in other contexts. [8] [37] [39]

It is not appropriate to impose a rigid requirement that police refrain from questioning a detainee who states that he or she does not wish to speak to police. Such an approach would overshoot the protection afforded to the individual's freedom of choice both at common law and under the *Charter*. More importantly, this approach ignores the state interest in the effective investigation of crime. The critical balancing of state and individual interests lies at the heart of this Court's decision in *Hebert* and in subsequent s. 7 decisions. There is no reason to depart from these established principles. [6-7] [43] [45]

Under both the common law and *Charter* rules, police persistence in continuing an interview, despite repeated assertions by the detainee that he wishes to remain silent, may well raise a strong argument that the subsequently obtained statement was not the product of a free will to speak to authorities. The trial judge in this case was very much alive to this risk. His ultimate judgment call on this issue is supported by the record and is entitled to deference. There is thus no reason to interfere with his ruling on admissibility. [47] [52]

Per Binnie, LeBel, Fish, and Abella JJ. (dissenting): The impugned statements were obtained in violation of the accused's s. 7 right to silence. The interrogator

Dans le contexte de l'interrogatoire d'un détenu par une personne qui est de toute évidence en situation d'autorité, une conclusion à l'existence du caractère volontaire sera déterminante quant à la question relative à l'art. 7 étant donné que, pour se prononcer sur le caractère volontaire, au sens où on l'entend de nos jours, le tribunal doit examiner si le détenu a été privé de son droit de garder le silence. En pareil cas, la règle des confessions subsume effectivement le droit constitutionnel de garder le silence du fait que les deux critères sont fonctionnellement équivalents. Il s'ensuit que, lorsqu'une déclaration a résisté à un examen approfondi du caractère volontaire, la demande fondée sur la *Charte* dans laquelle l'accusé allègue que cette déclaration a été obtenue en violation du droit de garder le silence avant le procès, garanti par l'art. 7, ne saurait être accueillie. À l'inverse, dans le cas où l'accusé peut démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la déclaration a été obtenue en violation de son droit constitutionnel de garder le silence, le ministère public sera incapable d'établir le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable. Cependant, cela ne signifie pas que la protection résiduelle dont le droit de garder le silence bénéficie en vertu de l'art. 7 de la *Charte* ne complète pas la common law dans d'autres contextes. [8] [37] [39]

Il ne convient pas d'interdire strictement à la police d'interroger le détenu qui affirme ne pas vouloir lui parler. Une telle approche déborderait la protection accordée à la liberté de choix de l'individu tant par la common law que par la *Charte*. Qui plus est, elle ne tient pas compte de l'intérêt de l'État dans l'efficacité des enquêtes criminelles. L'équilibre crucial entre les intérêts de l'État et ceux de l'individu est au cœur de l'arrêt *Hebert* de notre Cour et des décisions subséquentes relatives à l'art. 7. Il n'y a aucune raison de déroger à ces principes reconnus. [6-7] [43] [45]

Tant en vertu des règles de la common law que de celles de la *Charte*, il se peut bien que la persistance des policiers à poursuivre un interrogatoire, malgré les affirmations répétées du détenu qu'il souhaite garder le silence, permette de faire valoir sérieusement que la déclaration obtenue par la suite ne résultait pas d'une libre volonté de parler aux autorités. Le juge du procès en l'espèce était très conscient de ce risque. La décision qu'il a rendue, en définitive, sur ce point est étayée par le dossier et commande la déférence. Il n'y a donc aucune raison de modifier sa décision sur la question de l'admissibilité. [47] [52]

Les juges Binnie, LeBel, Fish et Abella (dissidents) : Les déclarations contestées ont été obtenues en violation du droit de garder le silence que l'art. 7 de la *Charte*

understood very well that the accused had chosen not to speak with the police but nonetheless disregarded the accused's repeated assertions of his right to silence. In his relentless pursuit of a confession "no matter what", the interrogator urged the accused, subtly but unmistakably, to forsake his counsel's advice. The accused was thus deprived not only of his right to silence, but also, collaterally, of the intended benefit of his right to counsel. Detainees left alone to face interrogators who persistently ignore their assertions of the right to silence and their pleas for respite are bound to feel that their constitutional right to silence has no practical effect and that they in fact have no choice but to answer. Where continued resistance has been made to appear futile to one person under the dominance or control of another, as it was in this case, ultimate submission proves neither true consent nor valid waiver. Furthermore, nothing in this Court's jurisprudence permits the police to press detainees to waive the *Charter* rights they have firmly and unequivocally asserted, or to deliberately frustrate their effective exercise. This is true of the right to counsel and true as well of the right to silence. While detainees who have asserted their right to silence are entitled to change their minds, they cannot be compelled to do so by the persistent disregard of that asserted choice. The right to silence, like the right to counsel, is a constitutional promise that must be kept. There is no evidence to support the proposition that requiring the police to respect a detainee's right of silence, once it has been unequivocally asserted, would have a "devastating impact" on criminal investigations anywhere in this country. [59-60] [62] [66] [71] [81] [88] [95] [97] [99]

The rationale of the enhanced confessions rule adopted in *Oickle* is distinct from the purposes served by the *Charter*. A confession may be "voluntary" under the common law rule and yet be obtained by state action that infringes s. 7 of the *Charter*. And s. 7 will be infringed where, as in this case, a police interrogator has undermined a detainee's freedom to choose whether to make a statement. Thus, while it is true that there is considerable overlap between the *Charter* protection of the right to silence and the common law confessions rule, given their different purposes, they should remain distinct doctrines. A purposive approach makes plain that the right to pretrial silence under s. 7 of the *Charter* is not eclipsed by the common law confessions rule under *Oickle*. A statement is admissible at common law where the detainee had

garantit à l'accusé. L'interrogateur comprenait parfaitement que l'accusé avait choisi de ne pas parler à la police, mais il n'a pourtant pas tenu compte des revendications répétées de ce dernier de son droit de garder le silence. Dans sa recherche obstinée d'une confession « coûte que coûte », il a incité, subtilement mais indéniablement, l'accusé à repousser les conseils de son avocat. L'accusé a ainsi non seulement été privé de son droit de garder le silence, mais aussi, parallèlement, de l'avantage censé découler de son droit à l'assistance d'un avocat. Des détenus laissés seuls face à des interrogateurs qui persistent à passer outre à leurs revendications du droit de garder le silence et à leurs demandes de répit ont forcément l'impression que leur droit constitutionnel de garder le silence n'est d'aucune utilité pratique et qu'en fait ils n'ont pas d'autre choix que de répondre. Dans le cas où, comme en l'espèce, une personne se trouvant sous la domination ou le contrôle d'autrui a été amenée à conclure qu'il ne servirait à rien de continuer à résister, le fait qu'elle ait finalement cédé ne prouve ni l'existence d'un consentement véritable, ni celle d'une renonciation valide à l'exercice d'un droit. De plus, rien dans la jurisprudence de notre Cour ne permet à la police de presser des détenus de renoncer aux droits garantis par la *Charte* qu'ils ont clairement et résolument invoqués, ou d'en empêcher délibérément l'exercice efficace. Cela vaut tant pour le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat que pour celui de garder le silence. Bien que les détenus qui ont invoqué leur droit de garder le silence aient le droit de changer d'avis, on ne peut pas les contraindre à le faire en persistant à faire fi du choix qu'ils ont exprimé. Le droit de garder le silence, comme celui de recourir à l'assistance d'un avocat, est une promesse constitutionnelle qui doit être tenue. Aucune preuve ne vient appuyer la proposition selon laquelle le fait d'obliger la police à respecter le droit d'un détenu de garder le silence, dès qu'il a clairement été invoqué, aurait un « effet dévastateur » sur les enquêtes criminelles partout au pays. [59-60] [62] [66] [71] [81] [88] [95] [97] [99]

Le raisonnement qui sous-tend la règle élargie des confessions adoptée dans l'arrêt *Oickle* diffère des objectifs de la *Charte*. Une confession peut être « volontaire » suivant la règle de common law tout en ayant été obtenue au moyen d'un acte de l'État qui contrevient à l'art. 7 de la *Charte*. De plus, il y a contravention à l'art. 7 lorsque, comme en l'espèce, un policier qui effectue un interrogatoire compromet la liberté du détenu de choisir de faire ou non une déclaration. Par conséquent, s'il est vrai qu'il existe un recoupement important entre la protection du droit de garder le silence offerte par la *Charte* et la règle des confessions reconnue en common law, ces principes doivent toutefois demeurer distincts en raison des objectifs différents qu'ils visent. L'approche téléologique indique clairement que le droit de garder le silence avant le

an operating mind and the confession did not result from inducements, oppression, or police trickery that would shock the community. Clearly, however, a confession that meets these common law standards does not invariably represent a free and meaningful choice for the purposes of the *Charter*. A choice that has been disregarded and unfairly frustrated by relentless interrogation is neither free nor meaningful. In the present appeal, the impugned statements were obtained in violation of s. 7 and should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*. [73] [75] [77] [79] [99]

Cases Cited

By Charron J.

Applied: *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; **approved:** *R. v. C.G.*, [2004] O.J. No. 229 (QL); **referred to:** *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *R. v. Turcotte*, [2005] 2 S.C.R. 519, 2005 SCC 50; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *Blackburn v. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960); *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. v. Grandinetti*, [2005] 1 S.C.R. 27, 2005 SCC 5; *R. v. Otis* (2000), 151 C.C.C. (3d) 416.

By Fish J. (dissenting)

R. v. Hebert, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *R. v. Otis* (2000), 151 C.C.C. (3d) 416; *R. v. McKay* (2003), 16 C.R. (6th) 347, 2003 MBQB 141; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Michigan v. Mosley*, 423 U.S. 96 (1975); *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000); *R. v. Timm* (1998), 131 C.C.C. (3d) 306; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(*b*), 24.

Authors Cited

Delisle, Ronald Joseph, Don Stuart and David M. Tanovich. *Evidence: Principles and Problems*, 8th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.

procès, garanti par l'art. 7 de la *Charte*, n'est pas éclipsé par la règle de common law régissant les confessions qui est formulée dans l'arrêt *Oickle*. Une déclaration est admissible en common law lorsque le détenu était dans un état d'esprit conscient et que la confession ne résultait pas d'encouragements, d'une oppression ou de ruses policières qui choqueraient la collectivité. Toutefois, il est clair qu'une confession qui satisfait à ces critères de common law ne représente pas toujours un choix libre et utile pour les besoins de la *Charte*. Un choix auquel on a passé outre et qu'on a empêché de façon inéquitable de faire en poursuivant sans relâche un interrogatoire n'est ni libre ni utile. En l'espèce, les déclarations contestées ont été obtenues en contravention de l'art. 7 et auraient dû être écartées en application du par. 24(2) de la *Charte*. [73] [75] [77] [79] [99]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêts appliqués : *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; **arrêt approuvé :** *R. c. C.G.*, [2004] O.J. No. 229 (QL); **arrêts mentionnés :** *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *R. c. Turcotte*, [2005] 2 R.C.S. 519, 2005 CSC 50; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Blackburn c. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960); *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262; *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958; *R. c. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. c. Grandinetti*, [2005] 1 R.C.S. 27, 2005 CSC 5; *R. c. Otis*, [2000] R.J.Q. 2828.

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Hebert, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *R. c. Otis*, [2000] R.J.Q. 2828; *R. c. McKay* (2003), 16 C.R. (6th) 347, 2003 MBQB 141; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Michigan c. Mosley*, 423 U.S. 96 (1975); *Dickerson c. United States*, 530 U.S. 428 (2000); *Timm c. La Reine*, [1998] R.J.Q. 3000; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10*b*), 24.

Doctrine citée

Delisle, Ronald Joseph, Don Stuart and David M. Tanovich. *Evidence : Principles and Problems*, 8th ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.

Marin, René J. *Admissibility of Statements*, 9th ed. Aurora: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated 2006, release 11).
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Concord, Ont.: Irwin Law, 2005.
Wharton, Francis. *Wharton's Criminal Procedure*, 14th ed. by N. Hollander et al. Eagan, Minn.: Thomson/West, 2002 (loose-leaf updated 2007).
Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2nd ed. Boston: Little, Brown and Co., 1923.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Hall, Mackenzie and Thackray JJ.A.) (2006), 227 B.C.A.C. 241, 374 W.A.C. 241, 38 C.R. (6th) 217, 142 C.R.R. (2d) 68, [2006] B.C.J. No. 1274 (QL), 2006 BCCA 281, upholding the accused's conviction for second degree murder. Appeal dismissed, Binnie, LeBel, Fish and Abella JJ. dissenting.

Gil D. McKinnon, Q.C., for the appellant.

Wendy L. Rubin and *Kate Ker*, for the respondent.

Jamie C. Klukach, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Ronald C. Reimer and *Nicholas E. Devlin*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Timothy E. Breen, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

David Migicovsky and *Margaret Truesdale*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Deschamps, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

1 This appeal concerns the scope of a detainee's pre-trial right to silence under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, in particular,

Marin, René J. *Admissibility of Statements*, 9th ed. Aurora : Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated 2006, release 11).
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Concord, Ont. : Irwin Law, 2005.
Wharton, Francis. *Wharton's Criminal Procedure*, 14th ed. by N. Hollander et al. Eagan, Minn. : Thomson/West, 2002 (loose-leaf updated 2007).
Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2nd ed. Boston : Little, Brown and Co., 1923.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, Mackenzie et Thackray) (2006), 227 B.C.A.C. 241, 374 W.A.C. 241, 38 C.R. (6th) 217, 142 C.R.R. (2d) 68, [2006] B.C.J. No. 1274 (QL), 2006 BCCA 281, qui a maintenu la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté, les juges Binnie, LeBel, Fish et Abella sont dissidents.

Gil D. McKinnon, c.r., pour l'appelant.

Wendy L. Rubin et *Kate Ker*, pour l'intimée.

Jamie C. Klukach, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Ronald C. Reimer et *Nicholas E. Devlin*, pour l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

Timothy E. Breen, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

David Migicovsky et *Margaret Truesdale*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Deschamps, Charron et Rothstein rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

Le présent pourvoi concerne la portée du droit de garder le silence avant le procès que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* confère

the intersection between this *Charter* right as defined in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, and the common law voluntary confessions rule as restated in *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38. As in those cases, the discussion in this appeal focusses on the tension between the rights of the accused and society's interest in the effective investigation and resolution of crimes.

The appellant Jagrup Singh was arrested for second degree murder in respect of the death of an innocent bystander who was killed by a stray bullet while standing just inside the doorway of a pub. Mr. Singh was advised of his right to counsel under s. 10(*b*) of the *Charter* and privately consulted with counsel. During the course of two subsequent interviews with Sgt. Attew, Mr. Singh stated on numerous occasions that he did not want to talk about the incident, that he did not know anything about it, or that he wanted to return to his cell. On each occasion, Sgt. Attew would either affirm that Mr. Singh did not have to say anything and state that it was nonetheless his duty or his desire to place the evidence before Mr. Singh, or he would deflect Mr. Singh's assertion and eventually engage him again in at least limited conversation. During the course of the first interview, Mr. Singh did not confess to the crime but made incriminating statements by identifying himself in pictures taken from the video surveillance inside the pub in question and in another pub.

At the conclusion of the *voir dire* on the admissibility of Mr. Singh's statements, the trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt that the statements were voluntary: [2003] B.C.J. No. 3174 (QL), 2003 BCSC 2013. He also concluded that Mr. Singh had not proven a breach of his right to silence under s. 7 of the *Charter* on a balance of probabilities. Finally, he considered the exercise of his residual discretion and concluded that the probative value of the statements, once edited, outweighed any prejudicial effect. The statements were therefore admitted in evidence and, following his trial by judge and jury, Mr. Singh was convicted as charged. The British Columbia Court of Appeal upheld the trial

à une personne détenue, et, plus particulièrement, le recoupement entre ce droit garanti par la *Charte*, qui est défini dans l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, et la règle de common law régissant les confessions volontaires, qui a été reformulée dans l'arrêt *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38. Comme dans ces affaires, l'analyse en l'espèce porte sur la tension entre les droits de l'accusé et l'intérêt de la société dans l'efficacité et le succès des enquêtes criminelles.

2 L'appelant Jagrup Singh a été arrêté pour le meurtre au deuxième degré d'un passant innocent tué par une balle perdue alors qu'il se tenait dans l'entrée d'un pub. Monsieur Singh a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10*b*) de la *Charte* et a eu un entretien privé avec son avocat. Au cours de deux interrogatoires subséquents menés par le sergent Attew, M. Singh a déclaré, à maintes reprises, qu'il ne voulait pas parler de l'épisode, qu'il ne savait rien au sujet de celui-ci ou qu'il voulait regagner sa cellule. Chaque fois, le sergent Attew a soit confirmé que M. Singh n'était pas obligé de parler en ajoutant qu'il devait ou souhaitait néanmoins lui faire exposer la preuve, soit passé outre à la revendication de M. Singh pour ensuite l'entraîner de nouveau dans une conversation à tout le moins limitée. Au cours du premier interrogatoire, M. Singh n'a pas confessé le crime, mais il a fait des déclarations incriminantes en se reconnaissant sur des images captées par le système de vidéosurveillance installé dans le pub en question et dans un autre pub.

3 À l'issue du voir-dire sur l'admissibilité des déclarations de M. Singh, le juge du procès était convaincu hors de tout doute raisonnable que ces déclarations étaient volontaires : [2003] B.C.J. No. 3174 (QL), 2003 BCSC 2013. Il a aussi conclu que M. Singh n'avait pas prouvé, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'une violation du droit de garder le silence qui lui était garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Enfin, il a examiné s'il y avait lieu d'exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel et a conclu que la valeur probante des déclarations, une fois épurées, l'emportait sur tout effet préjudiciable. Les déclarations ont donc été admises en preuve et, à l'issue de son procès devant un juge et un jury,

judge's ruling and affirmed the conviction: (2006), 38 C.R. (6th) 217, 2006 BCCA 281.

4 Both in the British Columbia Court of Appeal and in this Court, Mr. Singh did not contest the trial judge's findings of fact nor his conclusion that the statements were voluntary. His appeal solely concerns the s. 7 right to silence.

5 Mr. Singh contends that trial and appellate courts, including the courts below, have generally misinterpreted the holding in *Hebert* as an authoritative statement which permits the police to ignore a detainee's expressed wish to remain silent and to use "legitimate means of persuasion" to break that silence (p. 177). He contends that the British Columbia Court of Appeal in the case at bar went even further and effectively extinguished the s. 7 right to silence when it questioned the utility of conducting "a double-barrelled test of admissibility", stating that "[i]n the context of an investigatory interview with an obvious person in authority" the expansive view of the common law confessions rule adopted in *Oickle* "may leave little additional room" for a separate s. 7 *Charter* inquiry (para. 19). Mr. Singh therefore submits that the Court of Appeal proceeded on the basis of erroneous legal principles when it affirmed the trial judge's dismissal of his s. 7 *Charter* application.

6 Further, Mr. Singh invites this Court to enhance the protection afforded to detainees under s. 7 by adopting a new approach that would require police officers to inform the detainee of his or her right to silence and, absent a signed waiver, to refrain from questioning any detainee who states that he or she does not wish to speak to the police.

7 First, I reject the appellant's contention that this Court should change the law relating to the pre-trial

M. Singh a été déclaré coupable du crime reproché. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a maintenu la décision du juge du procès et confirmé la déclaration de culpabilité : (2006), 38 C.R. (6th) 217, 2006 BCCA 281.

Tant devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que devant notre Cour, M. Singh n'a pas contesté les conclusions de fait du juge du procès ni sa conclusion que les déclarations étaient volontaires. Son pourvoi ne porte que sur le droit de garder le silence garanti par l'art. 7.

Monsieur Singh fait valoir que les tribunaux de première instance et d'appel, y compris les juridictions inférieures en l'espèce, ont, de façon générale, mal interprété l'arrêt *Hebert* comme permettant aux policiers de passer outre à la volonté explicite d'un détenu de garder le silence, et d'utiliser des « moyens de persuasion légitimes » pour rompre ce silence (p. 177). Il soutient qu'en l'espèce la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est allée encore plus loin et a, en fait, éteint le droit de garder le silence garanti par l'art. 7, lorsqu'elle a mis en doute l'utilité d'appliquer [TRADUCTION] « un critère d'admissibilité à deux volets » en affirmant que, « [d]ans le contexte d'un interrogatoire d'enquête mené par une personne qui est de toute évidence en situation d'autorité », il se peut que l'interprétation large de la règle des confessions de la common law retenue dans l'arrêt *Oickle* « laisse peu de place additionnelle » à un examen distinct fondé sur l'art. 7 de la *Charte* (par. 19). Monsieur Singh soutient donc que la Cour d'appel s'est fondée sur des principes juridiques erronés lorsqu'elle a confirmé la décision du juge du procès de rejeter sa demande présentée en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

Monsieur Singh invite en outre notre Cour à accroître la protection accordée aux détenus par l'art. 7 en adoptant une nouvelle approche qui obligerait les policiers à informer le détenu de son droit de garder le silence et à s'abstenir, en l'absence d'une renonciation signée, de questionner tout détenu qui affirme ne pas vouloir parler à la police.

Premièrement, je rejette l'argument de l'appelant selon lequel notre Cour devrait modifier les règles

Charter right to silence. The new approach advocated by the appellant ignores the critical balancing of state and individual interests which lies at the heart of this Court's decision in *Hebert* and of subsequent s. 7 decisions. I see no reason to depart from these established principles.

Second, I find no error in law in the approach adopted by the courts below. The Court of Appeal's impugned comment on the interplay between the confessions rule and s. 7 of the *Charter* merely reflects the fact that, in the context of a police interrogation of a person in detention, where the detainee knows he or she is speaking to a person in authority, the two tests are functionally equivalent. It follows that, where a statement has survived a thorough inquiry into voluntariness, the accused's *Charter* application alleging that the statement was obtained in violation of the pre-trial right to silence under s. 7 cannot succeed. Conversely, if circumstances are such that the accused can show on a balance of probabilities that the statement was obtained in violation of his or her constitutional right to remain silent, the Crown will be unable to prove voluntariness beyond a reasonable doubt. As I will explain, however, this does not mean that the residual protection afforded to the right to silence under s. 7 of the *Charter* does not supplement the common law in other contexts.

Finally, I see no basis for interfering with the trial judge's factual determinations concerning Sgt. Attew's conduct and its effect on the appellant's freedom to choose whether to speak to the police. I would therefore dismiss the appeal.

2. The Facts and Proceedings Below

Richard Lof was killed by a stray bullet in April 2002 while standing just inside the doorway of a pub. An argument had erupted in the pub between

applicables au droit de garder le silence avant le procès garanti par la *Charte*. La nouvelle approche préconisée par l'appelant ne tient pas compte de l'équilibre crucial entre les intérêts de l'État et ceux de l'individu qui est au cœur de l'arrêt *Hebert* de notre Cour et des décisions subséquentes relatives à l'art. 7. Je ne vois aucune raison de déroger à ces principes reconnus.

8 Deuxièmement, je ne relève aucune erreur de droit dans l'approche adoptée par les tribunaux d'instance inférieure. La remarque contestée de la Cour d'appel portant sur l'interaction entre la règle des confessions et l'art. 7 de la *Charte* reflète simplement le fait que, dans le cas où le détenu qui subit un interrogatoire policier sait qu'il s'adresse à une personne en situation d'autorité, les deux critères sont fonctionnellement équivalents. Il s'ensuit que, lorsqu'une déclaration a résisté à un examen approfondi du caractère volontaire, la demande fondée sur la *Charte* dans laquelle l'accusé allègue que cette déclaration a été obtenue en violation du droit de garder le silence avant le procès, garanti par l'art. 7, ne saurait être accueillie. À l'inverse, dans le cas où l'accusé peut démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la déclaration a été obtenue en violation de son droit constitutionnel de garder le silence, le ministère public sera incapable d'établir le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable. Cependant, comme je vais l'expliquer, cela ne signifie pas que la protection résiduelle dont le droit de garder le silence bénéficie en vertu de l'art. 7 de la *Charte* ne complète pas la common law dans d'autres contextes.

9 Enfin, je ne vois aucune raison de modifier les conclusions de fait du juge du procès concernant le comportement du sergent Attew et son incidence sur la liberté de l'appelant de choisir de parler ou non à la police. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

2. Les faits et les décisions des tribunaux d'instance inférieure

10 En avril 2002, Richard Lof a été tué par une balle perdue alors qu'il se tenait dans l'entrée d'un pub. Une altercation avait éclaté dans le pub entre

three Indo-Canadian men and the employees of the club. Lof had nothing to do with the argument. The group took the argument outside into the parking lot. One of the Indo-Canadian men pulled out a gun and fired several shots, one of which struck Lof.

11 The weapon was never found and no forensic evidence linked Mr. Singh to the shooting. Identification was the central issue at trial. A doorman, who had been four feet from the shooter, identified Mr. Singh as the shooter in a photo line-up. A witness viewed videotape footage of the three Indo-Canadian men inside the pub and identified a man with a baseball cap on backwards as the person who had the gun. The day after the fatal shooting, a police officer photographed Mr. Singh in another pub. That officer reviewed a photo taken from the videotape of the three Indo-Canadian men inside the pub and she identified Mr. Singh as the man wearing his cap backwards.

12 During the course of the first of two police interviews at the police station after his arrest, Mr. Singh admitted that he had been in the pub on the night of the shooting but he stated that he left before the shooting occurred. He admitted to being in the second pub on the day after the shooting, where he was photographed, and he identified himself in that photograph. He then identified himself as the man with the cap on backwards in the photo from the videotape taken inside the pub on the night of the shooting. These admissions, when taken together with other evidence, later became probative of the issue of identification at trial. Their admissibility is what is at issue on this appeal.

13 Before the interviews, Mr. Singh was given proper *Charter* and official police warnings and spoke to counsel by phone and in person. During the interviews, Mr. Singh spoke with the interviewing officer about his family, his background, his religious beliefs and his employment. He also

trois Indo-Canadiens et les employés de la boîte. Monsieur Lof n'avait rien à voir avec la dispute. Le groupe a poursuivi l'altercation dehors dans le terrain de stationnement. L'un des Indo-Canadiens a sorti une arme à feu et a tiré plusieurs coups, dont l'un a atteint M. Lof.

L'arme n'a jamais été retrouvée et aucun élément de preuve médicolégale ne reliait M. Singh à la fusillade. L'identification constituait la principale question en litige au procès. Un portier, qui s'était trouvé à quatre pieds du tireur, a reconnu M. Singh comme étant le tireur lors d'une séance d'identification photographique. Un témoin ayant visionné une séquence vidéo montrant les trois Indo-Canadiens à l'intérieur du pub a identifié un homme qui portait une casquette de baseball à l'envers comme étant la personne qui avait l'arme. Le lendemain de la fusillade meurtrière, une policière a photographié M. Singh dans un autre pub. Celle-ci a examiné une photo provenant de la bande vidéo montrant les trois Indo-Canadiens à l'intérieur du pub et a identifié M. Singh comme étant l'homme qui portait sa casquette à l'envers.

Au cours du premier des deux interrogatoires qu'il a subis au poste de police après son arrestation, M. Singh a reconnu s'être trouvé dans le pub le soir de la fusillade, mais il a dit avoir quitté les lieux avant la fusillade. Il a avoué s'être trouvé, le lendemain de la fusillade, dans le deuxième pub où il a été photographié, et il s'est reconnu sur la photo en question. Il s'est identifié comme étant l'homme qui portait sa casquette à l'envers sur la photo provenant de l'enregistrement sur bande vidéo effectué dans le pub au cours de la nuit de la fusillade. Ces aveux, combinés à d'autres éléments de preuve, sont par la suite devenus probants relativement à la question de l'identification au procès. C'est leur admissibilité qui est en cause dans le présent pourvoi.

Avant les interrogatoires, M. Singh a reçu les mises en garde relatives à la *Charte* et les mises en garde policières officielles appropriées et s'est entretenu avec son avocat au téléphone et en personne. Durant les interrogatoires, M. Singh a parlé de sa famille, de sa situation générale, de ses

discussed injuries he sustained when he was shot at a party. Whenever the discussion turned to the incident in question, however, Mr. Singh was less forthcoming. Although he provided some information regarding his presence at the pub on the night of the shooting, he repeatedly denied his involvement and asserted his right to silence. He indicated that he did not want to talk to the police, that he had nothing to say, that he knew nothing about the shooting, or that he wanted to return to his cell. Before Mr. Singh was shown the photographs in question and made the impugned admissions, he asserted his right to silence 18 times. Each time, the interviewing officer would either affirm that Mr. Singh did not have to say anything, or would explain to Mr. Singh that he had a duty or desire to place the evidence before him and he continued the interview.

On the *voir dire* to determine the admissibility of the two statements made by Mr. Singh, Bauman J. instructed himself that the central issues were whether the Crown had proven beyond a reasonable doubt that the statements were made voluntarily and, alternatively, whether Mr. Singh had proven on a balance of probabilities that there was a breach of his right to silence under s. 7 of the *Charter*. Mr. Singh did not testify and called no evidence on the *voir dire*.

Bauman J. held that nothing in the police officer's conduct was so oppressive as to overbear Mr. Singh's will. He noted that the stratagem of placing evidence before an accused to extract a confession, no matter what the suspect says, runs the risk of being construed by the reviewing court as depriving the suspect of the right to make a meaningful choice whether to speak to the authorities or not, stating that "it is all a matter of degree" (para. 35). After reviewing all of the circumstances surrounding the interrogation and the making of the incriminating admission, he held that Mr. Singh's admission that he was in the still photograph came freely and did not result from the police systematically

croyances religieuses et de son emploi avec le policier qui l'interrogeait. Il a aussi discuté des blessures qu'il avait subies lorsqu'on avait fait feu sur lui pendant une fête. Cependant, chaque fois que la discussion s'orientait sur l'épisode en question, M. Singh devenait moins bavard. Bien qu'il ait fourni des renseignements sur sa présence dans le pub au cours de la nuit de la fusillade, il a, à maintes reprises, nié toute implication de sa part et invoqué son droit de garder le silence. Il a indiqué qu'il ne voulait pas parler à la police, qu'il n'avait rien à dire, qu'il ne savait rien sur la fusillade ou qu'il voulait regagner sa cellule. Monsieur Singh a invoqué son droit de garder le silence à 18 reprises avant qu'on lui montre les photos en question et qu'il fasse les aveux contestés. Chaque fois, le policier qui interrogeait M. Singh lui confirmait qu'il n'était pas obligé de parler, ou encore lui expliquait qu'il devait ou souhaitait lui exposer la preuve et poursuivait ensuite l'interrogatoire.

14 Lors du voir-dire visant à déterminer l'admissibilité des deux déclarations faites par M. Singh, le juge Bauman s'est rappelé que les principales questions étaient de savoir si le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que les déclarations avaient été faites volontairement et, subsidiairement, si M. Singh avait prouvé, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'une violation du droit de garder le silence qui lui était garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Monsieur Singh n'a pas témoigné et n'a présenté aucun élément de preuve lors du voir-dire.

15 Le juge Bauman a estimé que rien dans le comportement du policier n'était oppressif au point d'ébranler la volonté de M. Singh. Il a souligné que le stratagème consistant à exposer la preuve à l'accusé afin de lui arracher une confession, quoi que dise le suspect, risque d'être interprété par le tribunal de révision comme privant le suspect de son droit de faire un choix utile quant à savoir s'il parlera ou non aux autorités, ajoutant que [TRADUCTION] « ce n'est qu'une question de degré » (par. 35). Après avoir examiné l'ensemble des circonstances ayant entouré l'interrogatoire et l'aveu incriminant, il a conclu que M. Singh avait avoué librement qu'il apparaissait sur la photo et que cet

breaking down his operating mind or undermining his right to silence. He concluded that Mr. Singh was well aware of his right to silence and that he had successfully exercised it repeatedly. Finally, Bauman J. held that the probative value of the statements outweighed their prejudicial effect and ruled that the statements, with some editing as agreed to by counsel, were admissible.

16 Mr. Singh did not testify and did not call evidence at trial. He was convicted of second degree murder by a jury.

17 Mr. Singh appealed from his conviction to the British Columbia Court of Appeal (Hall, Mackenzie and Thackray JJ.A.). He did not contest that the statements were voluntary and confined his appeal to the s. 7 *Charter* issue. Much as he did in this Court, Mr. Singh argued that the proper application of the s. 7 right to silence required the police to stop trying to obtain admissions once the detainee asserted his right to silence. He argued further that the trial judge's approach erroneously subsumed the *Charter* right to silence under the common law confessions rule, leaving s. 7 with virtually no significance.

18 The Court of Appeal held that Mr. Singh's broad proposition on the limits of police interrogation could not be supported by a fair reading of *Hebert* and was inconsistent with the weight of authority. Rather, the case law recognizes that "the police are not precluded from using reasonable persuasion to encourage a detained person to break his silence after his right to silence has been asserted following the exercise of the right to counsel" (para. 15). The court concluded that the trial judge properly relied on the holding in *Hebert* that "[p]olice persuasion, short of denying the suspect the right to choose or depriving him of an operating mind, does not breach the right to silence" (*Hebert*, at p. 184).

aveu ne résultait pas du fait que la police avait systématiquement détruit son état d'esprit conscient ou compromis son droit de garder le silence. Il a jugé que M. Singh était bien conscient de son droit de garder le silence et qu'il l'avait exercé avec succès à maintes reprises. Enfin, le juge Bauman a considéré que la valeur probante des déclarations l'emportait sur leur effet préjudiciable, et a décidé que les déclarations, sous réserve d'une certaine épuration convenue par les avocats, étaient admissibles.

Monsieur Singh n'a pas témoigné et n'a présenté aucun élément de preuve au procès. Un jury l'a déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.

Monsieur Singh a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, Mackenzie et Thackray). Il n'a pas contesté le caractère volontaire des déclarations, limitant son appel à la question de l'art. 7 de la *Charte*. Comme il l'a fait devant notre Cour, M. Singh a soutenu que, pour respecter le droit de garder le silence garanti par l'art. 7, les policiers devaient cesser de tenter d'obtenir des aveux dès que le détenu avait invoqué son droit de garder le silence. Il a ajouté que l'approche adoptée par le juge du procès subsumait à tort le droit de garder le silence garanti par la *Charte* sous la règle des confessions reconnue en common law, ce qui vidait l'art. 7 de presque tout son sens.

La Cour d'appel a conclu que l'affirmation générale de M. Singh concernant les limites de l'interrogatoire policier ne pouvait pas s'appuyer sur une interprétation objective de l'arrêt *Hebert* et était incompatible avec la jurisprudence prépondérante. Au contraire, la jurisprudence reconnaît que [TRADUCTION] « rien n'empêche les policiers d'utiliser des moyens de persuasion raisonnables pour inciter un détenu à rompre son silence une fois que son droit de garder le silence a été invoqué à la suite de l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat » (par. 15). La cour a estimé que le juge du procès s'était fondé à bon droit sur la conclusion de l'arrêt *Hebert* voulant que « [l]a persuasion policière qui ne prive pas le suspect de son droit de choisir ni de son état d'esprit conscient ne viole pas le droit de garder le silence » (*Hebert*, p. 184).

The Court of Appeal found no error in the trial judge's approach to the intersection between the confessions rule and the s. 7 *Charter* right to silence. The court explained that *Oickle* is the definitive exposition of the confessions rule and that, apart from the confessions rule, the *Charter* proscribes conduct that is unfair and brings the process of police investigation into disrepute. The police deception in *Hebert* was an illustration of conduct that did not breach the common law rule but did offend the *Charter*. The court commented further that "[i]n the context of an investigatory interview with an obvious person in authority, the expansive view of the confession rule in *Oickle* may leave little additional room for s. 7 but there is no particular utility in a double-barrelled test of admissibility" (para. 19).

The court found no error in the trial judge's conclusion that the police stratagem used in this case was a legitimate technique of persuasion and that it did not deny the appellant the choice to remain silent. Both interviews were videotaped and the trial judge was in an excellent position to assess the fairness of the process. Accordingly, the court held that there was no reason to disturb his findings of fact and the appeal was dismissed.

3. Analysis

3.1 *Self-incrimination: The Overarching Principle from Which Both the Confessions Rule and the Right to Silence are Derived*

Although historically the confessions rule was more concerned with the reliability of confessions than the protection against self-incrimination, this no longer holds true in the post-*Charter* era. Both the confessions rule and the constitutional right to silence are manifestations of the principle against self-incrimination. The principle against self-incrimination is a broad concept which has been usefully described by Lamer C.J. as a "general organizing principle of criminal law" from which a number of rules can be derived: *R. v. Jones*, [1994]

19 La Cour d'appel n'a décelé aucune erreur dans l'approche du juge du procès concernant le recoupement entre la règle des confessions et le droit de garder le silence garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Elle a expliqué que l'arrêt *Oickle* représente l'exposé définitif de la règle des confessions et qu'indépendamment de cette règle la *Charte* interdit le comportement qui est inéquitable et déconsidère le processus d'enquête policière. Le subterfuge des policiers dans l'affaire *Hebert* était un exemple de comportement qui ne violait pas la règle de common law, mais qui contrevenait à la *Charte*. La cour a ajouté que [TRADUCTION] « [d]ans le contexte d'un interrogatoire d'enquête mené par une personne qui est de toute évidence en situation d'autorité, il se peut que l'interprétation large de la règle des confessions dans l'arrêt *Oickle* laisse peu de place additionnelle à l'art. 7, mais un critère d'admissibilité à deux volets n'a aucune utilité particulière » (par. 19).

20 La cour n'a relevé aucune erreur dans la conclusion du juge du procès selon laquelle le stratagème utilisé par la police en l'espèce constituait une technique de persuasion légitime et ne privait pas l'appelant du choix de garder le silence. Les deux interrogatoires ont été enregistrés sur bande vidéo, et le juge du procès était dans une excellente position pour apprécier le caractère équitable du processus. La cour a donc conclu qu'il n'y avait aucune raison de modifier ses conclusions de fait, et l'appel a été rejeté.

3. Analyse

3.1 *L'auto-incrimination : le principe général à l'origine de la règle des confessions et du droit de garder le silence*

21 Même si, autrefois, la règle des confessions s'attachait davantage à la fiabilité des confessions qu'à la protection contre l'auto-incrimination, ce n'est plus le cas depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*. La règle des confessions et le droit constitutionnel de garder le silence sont des manifestations du principe interdisant l'auto-incrimination. Ce dernier principe est une notion générale que le juge en chef Lamer a décrite utilement comme étant un « principe directeur général de droit criminel », dont il est possible de tirer un certain nombre de

2 S.C.R. 229, at p. 249. Similarly, Iacobucci J. in *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, described the principle against self-incrimination in these words:

> The jurisprudence of this Court is clear that the principle against self-incrimination is an overarching principle within our criminal justice system, from which a number of specific common law and *Charter* rules emanate, such as the confessions rule, and the right to silence, among many others. The principle can also be the source of new rules in appropriate circumstances. Within the *Charter*, the principle against self-incrimination is embodied in several of the more specific procedural protections such as, for example, the right to counsel in s. 10(*b*), the right to non-compellability in s. 11(*c*), and the right to use immunity set out in s. 13. The *Charter* also provides residual protection to the principle through s. 7. [Emphasis added; para. 44.]

22 Mr. Singh concedes that his statements were obtained in conformity with the common law confessions rule — in other words, that they were voluntary. His application to exclude his statements from the evidence is grounded, rather, in the residual protection afforded to the right to silence under ss. 7 and 24 of the *Charter*. These provisions read as follows:

> **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.
>
> **24.** (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.
>
> (2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

It is clear that Mr. Singh's liberty interest, protected under s. 7 of the *Charter*, is engaged by the potential admission of his incriminating statements in evidence at his trial for second degree murder.

règles : *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 249. De même, le juge Iacobucci a décrit le principe interdisant l'auto-incrimination dans l'arrêt *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417 :

> Il ressort clairement de la jurisprudence de notre Cour que le principe interdisant l'auto-incrimination est un principe prépondérant dans notre système de justice criminelle, duquel émanent un certain nombre de règles issues de la common law et de la *Charte*, comme la règle des confessions et le droit de garder le silence, parmi tant d'autres. Ce principe peut aussi être la source de nouvelles règles en temps opportun. Dans la *Charte*, le principe interdisant l'auto-incrimination se retrouve dans plusieurs protections procédurales plus précises, comme, par exemple, le droit à l'avocat selon l'al. 10*b*), le droit à la non-contraignabilité selon l'al. 11*c*) et le droit à l'immunité contre l'utilisation de la preuve selon l'art. 13. La *Charte* prévoit également une protection résiduelle de ce principe par son art. 7. [Je souligne; par. 44.]

Monsieur Singh reconnaît que ses déclarations ont été obtenues d'une manière conforme à la règle des confessions en common law — autrement dit, qu'elles étaient volontaires. L'élément qu'il invoque pour demander leur exclusion de la preuve est plutôt la protection résiduelle dont le droit de garder le silence bénéficie en vertu des art. 7 et 24 de la *Charte*, dont voici le texte :

> **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.
>
> **24.** (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.
>
> (2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Il est clair que le droit à la liberté que l'art. 7 de la *Charte* garantit à M. Singh entre en jeu en raison de la possibilité que ses déclarations incriminantes soient admises en preuve lors de son procès pour meurtre au deuxième degré.

Since voluntariness is conceded, the scope of the common law confessions rule and its application to the facts of this case are not strictly in issue on this appeal. However, a question is raised concerning the interplay between the confessions rule and the *Charter* right to silence. More specifically, Mr. Singh takes the position that the Court of Appeal erred in law in stating at para. 19 that "[i]n the context of an investigatory interview with an obvious person in authority, the expansive view of the confession rule in *Oickle* may leave little additional room for s. 7 but there is no particular utility in a double-barrelled test of admissibility." It therefore becomes necessary to examine the various components of the confessions rule to determine how they relate to the right to silence.

Puisque l'existence du caractère volontaire est reconnue, la portée de la règle des confessions en common law et son application aux faits de la présente affaire ne sont pas, à proprement parler, en cause dans le présent pourvoi. Une question est toutefois soulevée au sujet de l'interaction entre la règle des confessions et le droit de garder le silence garanti par la *Charte*. Plus précisément, M. Singh soutient que la Cour d'appel a commis une erreur de droit en affirmant, au par. 19, que [TRADUCTION] « [d]ans le contexte d'un interrogatoire d'enquête mené par une personne qui est de toute évidence en situation d'autorité, il se peut que l'interprétation large de la règle des confessions dans l'arrêt *Oickle* laisse peu de place additionnelle à l'art. 7, mais un critère d'admissibilité à deux volets n'a aucune utilité particulière. » Il devient donc nécessaire d'examiner les divers éléments de la règle des confessions pour en déterminer le lien avec le droit de garder le silence. 23

As we shall see, there is considerable overlap between the inquiry into voluntariness and the review under s. 7 of the *Charter* in respect of an alleged breach of the right to silence. This should come as no surprise. First, the right to silence is not a concept that was newly born with the advent of the *Charter*. The right long pre-dated the *Charter* and was embraced in the common law confessions rule. Second, in *Hebert*, this Court's recognition of the residual protection afforded to the pre-trial right to silence under s. 7 of the *Charter* was largely informed by the confessions rule and the scope of the protection it provides to an individual's right to choose whether or not to speak to the authorities. Third, this Court's expansive restatement of the confessions rule in *Oickle*, in turn, was largely informed by a consideration of *Charter* principles, including the right to silence as defined in *Hebert*.

Comme nous le verrons, il existe un recoupement important entre l'examen du caractère volontaire et l'examen d'une allégation d'atteinte au droit de garder le silence effectué en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Cela n'a rien d'étonnant. Premièrement, le droit de garder le silence n'est pas un concept qui s'est formé avec l'avènement de la *Charte*. Il existait déjà depuis longtemps avant la *Charte* et était compris dans la règle des confessions reconnue en common law. Deuxièmement, la reconnaissance par notre Cour, dans l'arrêt *Hebert*, de la protection résiduelle accordée par l'art. 7 de la *Charte* au droit de garder le silence avant le procès reposait en grande partie sur la règle des confessions et la portée de la protection qu'elle offre au droit d'un individu de choisir de parler ou non aux autorités. Troisièmement, la reformulation large de la règle des confessions par notre Cour dans l'arrêt *Oickle* était, par ailleurs, largement fondée sur un examen des principes de la *Charte*, y compris le droit de garder le silence défini dans l'arrêt *Hebert*. 24

I therefore read the Court of Appeal's comment on the interplay between the confessions rule and the s. 7 right to silence as a recognition of this considerable overlap. Indeed, as I will explain, in the context of a police interrogation of a person in

Je considère donc que la remarque de la Cour d'appel sur l'interaction entre la règle des confessions et le droit de garder le silence garanti par l'art. 7 constitue une reconnaissance de ce recoupement important. En fait, comme je vais l'expliquer, dans 25

detention, where the detainee knows he or she is speaking to a person in authority, the two tests for determining whether the suspect's right to silence was respected are functionally equivalent. (The symmetry between the confessions rule and related *Charter* rights in so far as the requisite mental capacity is concerned was previously recognized in *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914, where the Court held that the operating mind test at common law fully answers the mental capacity requirement for an effective waiver of the right to counsel and the mental capacity necessary to make an active choice with respect to the right to silence.) Therefore, in the context of an interrogation of a detainee by an obvious person in authority, the Court of Appeal was correct to question the utility of a "double-barrelled test of admissibility". In addition, because the Crown bears the burden of establishing voluntariness beyond a reasonable doubt and exclusion is automatic if the test is not met, the common law affords greater protection to the accused and there is no point in conducting a distinct s. 7 inquiry. However, as I will explain, the residual protection afforded to the right to silence under s. 7 of the *Charter* will be of added value to the accused in other contexts.

26 I will now examine the nature and scope of the confessions rule, particularly in respect of its commonality with the right to silence.

3.2 *The Confessions Rule*

27 As stated earlier, the right to silence, although now constitutionally entrenched, long pre-dates the *Charter*. The right to silence as a common law principle was recently affirmed by this Court in *R. v. Turcotte*, [2005] 2 S.C.R. 519, 2005 SCC 50. Stated broadly, the common law right to silence simply reflects the general principle that, absent statutory or other legal compulsion, no one is obligated to provide information to the police or respond to questioning. At para. 41, Abella J., writing for the Court, reiterated Lamer J.'s defining statement of

le cas où le détenu qui subit un interrogatoire policier sait qu'il s'adresse à une personne en situation d'autorité, les deux critères applicables pour déterminer si le droit du suspect de garder le silence a été respecté sont fonctionnellement équivalents. (La symétrie entre la règle des confessions et les droits connexes garantis par la *Charte* en ce qui a trait à la capacité mentale requise a déjà été reconnue dans l'arrêt *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914, où la Cour a conclu que le critère de l'état d'esprit conscient en common law répond parfaitement à l'exigence de la capacité mentale requise pour renoncer efficacement au droit à l'assistance d'un avocat et pour faire activement un choix relativement au droit de garder le silence.) Par conséquent, dans le contexte de l'interrogatoire d'un détenu par une personne qui est de toute évidence en situation d'autorité, la Cour d'appel a eu raison de mettre en doute l'utilité d'un [TRADUCTION] « critère d'admissibilité à deux volets ». En outre, du fait qu'il incombe au ministère public d'établir le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable et que l'exclusion est automatique si ce critère n'est pas respecté, la common law offre une plus grande protection à l'accusé et il est inutile de procéder à un examen distinct fondé sur l'art. 7. Cependant, comme je vais l'expliquer, la protection résiduelle accordée au droit de garder le silence par l'art. 7 de la *Charte* aura une utilité supplémentaire pour l'accusé dans d'autres contextes.

Je vais maintenant examiner la nature et la portée de la règle des confessions, plus particulièrement du point de vue de ses traits communs avec le droit de garder le silence.

3.2 *La règle des confessions*

Comme nous l'avons vu, bien qu'il soit désormais constitutionnalisé, le droit de garder le silence est de beaucoup antérieur à la *Charte*. Ce droit, en tant que principe de common law, a récemment été confirmé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Turcotte*, [2005] 2 R.C.S. 519, 2005 CSC 50. De manière générale, le droit de garder le silence reconnu en common law traduit simplement le principe général voulant que, en l'absence de contrainte légale ou d'une autre forme de contrainte juridique, nul ne soit tenu de fournir des renseignements à la police

the right in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640:

> In Canada the right of a suspect not to say anything to the police . . . is merely the exercise by him of the general right enjoyed in this country by anyone to do whatever one pleases, saying what one pleases or choosing not to say certain things, unless obliged to do otherwise by law. It is because no law says that a suspect, save in certain circumstances, must say anything to the police that we say that he has the right to remain silent, which is a positive way of explaining that there is on his part no legal obligation to do otherwise. [Footnotes omitted; p. 683.]

What the common law recognizes is the individual's right to *remain* silent. This does not mean, however, that a person has the right *not to be spoken to* by state authorities. The importance of police questioning in the fulfilment of their investigative role cannot be doubted. One can readily appreciate that the police could hardly investigate crime without putting questions to persons from whom it is thought that useful information may be obtained. The person suspected of having committed the crime being investigated is no exception. Indeed, if the suspect in fact committed the crime, he or she is likely the person who has the most information to offer about the incident. Therefore, the common law also recognizes the importance of police interrogation in the investigation of crime.

Of course, the information obtained from a suspect is only useful in the elucidation of crime if it can be relied upon for its truth — hence the primary reason for the confessions rule, the concern about the reliability of confessions. The common law confessions rule is largely informed by the problem of false confessions. As noted in *Oickle*, "[t]he history of police interrogations is not without its unsavoury chapters" (para. 34). The parameters of the rule are very much tailored to counter the dangers created by improper interrogation techniques that commonly produce false confessions: see *Oickle*, at

ou de répondre à ses questions. S'exprimant au nom de notre Cour, la juge Abella a repris, au par. 41, la définition de ce droit donnée par le juge Lamer dans l'arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640 :

> Au Canada, le droit d'un suspect de ne rien dire à la police [. . .] n'est que l'exercice, de sa part, du droit général dont jouit toute personne de ce pays de faire ce qui lui plaît, de dire ce qui lui plaît ou de choisir de ne pas dire certaines choses à moins que la loi ne l'y oblige. C'est parce qu'aucune loi ne dit qu'un suspect, sauf dans certaines circonstances, doit dire quelque chose à la police que nous disons qu'il a le droit de garder le silence; c'est une façon positive d'expliquer que la loi ne l'oblige pas à agir autrement. [Notes omises; p. 683.]

28 Ce que la common law reconnaît, c'est le droit d'un individu de *garder* le silence. Toutefois, cela ne signifie pas que quelqu'un a le droit *de ne pas se faire adresser la parole* par les autorités de l'État. On ne saurait douter de l'importance que l'interrogatoire revêt dans le travail d'enquête des policiers. On comprendra aisément qu'il serait difficile pour la police d'enquêter sur un crime sans poser de questions aux personnes qui, selon elle, sont susceptibles de lui fournir des renseignements utiles. La personne soupçonnée d'avoir commis le crime à l'origine de l'enquête ne fait pas exception. Du reste, s'il a effectivement commis le crime, le suspect est vraisemblablement la personne ayant le plus de renseignements à fournir au sujet de l'épisode en question. La common law reconnaît donc aussi l'importance de l'interrogatoire policier dans les enquêtes criminelles.

29 Il est évident que les renseignements obtenus auprès d'un suspect ne sont utiles pour élucider un crime que s'ils peuvent être invoqués pour en établir la véracité — d'où la première raison d'être de la règle des confessions, la préoccupation relative à la fiabilité des confessions. La règle des confessions en common law découle en grande partie du problème des fausses confessions. Comme on l'a souligné dans l'arrêt *Oickle*, « [l]'histoire des interrogatoires policiers n'est pas exempte d'épisodes plutôt répugnants » (par. 34). Les paramètres de la règle sont largement conçus pour contrer les

paras. 32-46. Further, a confession is a very powerful item of evidence against an accused which, in and of itself, can ground a conviction. One of the overriding concerns of the criminal justice system is that the innocent must not be convicted. Because it is recognized that involuntary confessions are more likely to be unreliable, the confessions rule requires proof beyond a reasonable doubt of the voluntariness of any statement obtained from an accused by a person in authority before it may be admitted in evidence, so as to avoid miscarriages of justice.

30 Of course, not every involuntary confession is false. While the confession rule's primary concern is with reliability, it is well established that voluntariness is a broader concept. As this Court stated in *Oickle* (at para. 70): "Wigmore perhaps summed up the point best when he said that voluntariness is 'shorthand for a complex of values': *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1970), vol. 3, § 826, at p. 351." These values include respect for the *individual's freedom of will*, the need for law enforcement officers themselves to obey the law, and the overall fairness of the criminal justice system: see *Oickle*, at paras. 69-70, citing *Blackburn v. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960), at p. 207.

31 Therefore, the notion of voluntariness is broad-based and has long included the common law principle that a person is not obliged to give information to the police or to answer questions. This component of the voluntariness rule is reflected in the usual police caution given to a suspect and the importance attached (even before the advent of the *Charter*) to the presence of a caution as a factor in determining the voluntariness of a statement made by a person under arrest or detention: see *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d)

risques découlant des techniques d'interrogatoire irrégulières qui produisent généralement de fausses confessions : voir l'arrêt *Oickle*, par. 32-46. De plus, la confession représente, à l'égard de l'accusé, un élément de preuve très redoutable qui peut, à lui seul, fonder une déclaration de culpabilité. L'un des principaux soucis du système de justice criminelle est d'éviter qu'une personne innocente soit déclarée coupable. Puisqu'il est reconnu que les confessions involontaires risquent davantage de ne pas être fiables, la règle des confessions prévoit que, pour qu'une déclaration obtenue auprès d'un accusé par une personne en situation d'autorité puisse être admise en preuve, il faut préalablement en établir le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable, de manière à éviter les erreurs judiciaires.

Il va sans dire que les confessions involontaires ne sont pas toutes fausses. Bien que la règle des confessions s'attache avant tout à la question de la fiabilité, il est bien établi que le caractère volontaire est une notion plus large. Comme notre Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Oickle* (par. 70) : « Wigmore est peut-être celui qui a le mieux résumé la question lorsqu'il a dit que le caractère volontaire était [TRADUCTION] "la formulation synthétique d'un faisceau de valeurs" : *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1970), vol. 3, § 826, à la p. 351. » Au nombre de ces valeurs figurent le respect de la *liberté de choix de l'individu*, la nécessité que les policiers respectent la loi quand ils l'appliquent et l'équité globale du système de justice criminelle : voir l'arrêt *Oickle*, par. 69-70, où l'on cite l'arrêt *Blackburn c. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960), p. 207.

Par conséquent, la notion du caractère volontaire est générale et englobe depuis longtemps le principe de common law voulant que nul ne soit tenu de donner des renseignements à la police ou de répondre à ses questions. Cet aspect de la règle du caractère volontaire ressort de la mise en garde policière que reçoivent habituellement les suspects et de l'importance accordée (même avant l'avènement de la *Charte*) à l'existence d'une mise en garde en tant que facteur à considérer pour déterminer le caractère volontaire d'une déclaration faite par une personne arrêtée ou détenue : voir les arrêts

88 (Ont. C.A.). A common form of the police caution given to a person who has been charged with an offence is the following: "You are charged with . . . Do you wish to say anything in answer to the charge? You are not obliged to say anything but whatever you do say may be given in evidence." Therefore, the police caution, in plain language, informs the suspect of his right to remain silent. Its importance as a factor on the question of voluntariness was noted by this Court as early as 1949 in *Boudreau*:

> The fundamental question is whether a confession of an accused offered in evidence is voluntary. The mere fact that a warning was given is not necessarily decisive in favour of admissibility but, on the other hand, the absence of a warning should not bind the hands of the Court so as to compel it to rule out a statement. All the surrounding circumstances must be investigated and, if upon their review the Court is not satisfied of the voluntary nature of the admission, the statement will be rejected. Accordingly, the presence or absence of a warning will be a factor and, in many cases, an important one. [Emphasis added; p. 267.]

Although the confessions rule applies whether or not the suspect is in detention, the common law recognized, also long before the advent of the *Charter*, that the suspect's situation is much different *after detention*. (As we shall see, the residual protection afforded to the right to silence under s. 7 of the *Charter* is only triggered upon detention.) After detention, the state authorities are in control and the detainee, who cannot simply walk away, is in a more vulnerable position. There is a greater risk of abuse of power by the police. The fact of detention alone can have a significant impact on the suspect and cause him or her to feel compelled to give a statement. The importance of reaffirming the individual's right to choose whether to speak to the authorities after he or she is detained is reflected in the jurisprudence concerning the timing of the police caution. René Marin, in his text *Admissibility of Statements* (9th ed. (looseleaf)), at pp. 2-24.2 and 2-24.3, provides a useful

Boudreau c. The King, [1949] R.C.S. 262; *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958; *R. c. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.). La mise en garde policière faite à une personne accusée d'une infraction revêt souvent la forme suivante : [TRADUCTION] « Vous êtes accusé[e] de [. . .] Souhaitez-vous déclarer quelque chose en réponse à cette accusation? Vous n'êtes pas obligé(e) de dire quoi que ce soit, mais tout ce que vous direz pourra servir de preuve. » La mise en garde policière informe donc clairement le suspect de son droit de garder le silence. Dès 1949, dans l'arrêt *Boudreau*, notre Cour en a souligné l'importance en tant que facteur à considérer pour trancher la question du caractère volontaire :

> [TRADUCTION] Il s'agit essentiellement de savoir si la confession d'un accusé produite en preuve est volontaire. La simple existence d'une mise en garde ne fait pas nécessairement pencher la balance en faveur de l'admissibilité, mais l'absence de mise en garde ne devrait pas non plus avoir pour effet d'obliger la cour à écarter une déclaration. La cour doit examiner toutes les circonstances ayant entouré une déclaration et si, après cet examen, elle n'est pas convaincue du caractère volontaire de l'aveu qu'elle constitue, la déclaration sera rejetée. L'existence ou l'absence d'une mise en garde est donc un facteur à considérer, qui, dans bien des cas, est important. [Je souligne; p. 267.]

32 Bien que la règle des confessions s'applique peu importe que le suspect soit détenu ou non, la common law reconnaissait, là encore bien avant l'avènement de la *Charte*, que la situation du suspect est très différente *après sa mise en détention*. (Comme nous le verrons, la protection résiduelle accordée au droit de garder le silence par l'art. 7 de la *Charte* n'entre en jeu qu'après la mise en détention.) Après la mise en détention, les autorités de l'État ont la situation en main et le détenu, qui ne peut pas simplement s'esquiver, se trouve dans une position plus vulnérable. Le risque d'abus de pouvoir de la part des policiers est plus élevé. Le seul fait d'être détenu peut avoir un effet important sur le suspect et l'amener à se sentir contraint de faire une déclaration. L'importance de réaffirmer le droit de l'individu de choisir de parler ou non aux autorités après sa mise en détention se reflète dans la jurisprudence relative au moment où doit être faite la mise en garde policière. Dans son ouvrage intitulé

yardstick for the police on when they should caution a suspect:

> The warning should be given when there are reasonable grounds to suspect that the person being interviewed has committed an offence. An easy yardstick to determine when the warning should be given is for a police officer to consider the question of what he or she would do if the person attempted to leave the questioning room or leave the presence of the officer where a communication or exchange is taking place. If the answer is arrest (or detain) the person, then the warning should be given.

33 These words of advice are sound. Even if the suspect has not formally been arrested and is not obviously under detention, police officers are well advised to give the police caution in the circumstances described by Marin. Of course, with the advent of the *Charter*, the s. 10 right to counsel is triggered upon arrest or detention. The right to counsel has both an informational and an implementational component. It seeks to ensure that persons who become subject to the coercive power of the state will know about their right to counsel and will be given the opportunity to exercise it so they can make an informed choice whether to participate in the investigation against them. Therefore, if the detainee has exercised his s. 10 *Charter* right to counsel, he will presumably have been informed of his right to remain silent, and the overall significance of the caution may be somewhat diminished. Where the suspect has not consulted with counsel, however, the police caution becomes all the more important as a factor in answering the ultimate question of voluntariness.

34 As we can see from the foregoing discussion, the right to silence, as a facet of the principle against self-incrimination, was already very much a part of the common law confessions rule when the *Charter* came into force in 1982. Any remaining uncertainty as to whether the confessions rule embraced the right to silence was clearly dispelled by this Court in *Hebert*. The Court recognized that

Admissibility of Statements (9e éd. (feuilles mobiles)), p. 2-24.2 et 2-24.3, René Marin propose à cet égard aux policiers un critère utile :

> [TRADUCTION] La mise en garde devrait être faite lorsqu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner que la personne interrogée a commis une infraction. Pour déterminer selon un critère simple à quel moment il faut la faire, le policier peut se demander ce qu'il ferait si la personne tentait de quitter la salle d'interrogatoire ou de lui fausser compagnie pendant une communication ou un échange. Si la réponse est qu'il procéderait à l'arrestation (ou à la mise en détention) de cette personne, il y a alors lieu de faire la mise en garde.

Il s'agit là d'un conseil judicieux. Même si le suspect n'est pas officiellement en état d'arrestation et qu'il n'est manifestement pas détenu, la mise en garde policière est indiquée dans les circonstances décrites par Marin. Il va sans dire que, depuis l'avènement de la *Charte*, le droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'art. 10 entre en jeu dès l'arrestation ou la mise en détention. Il s'agit à la fois du droit de consulter un avocat et de celui d'être informé de ce droit. Il vise à garantir que les personnes soumises au pouvoir coercitif de l'État connaissent leur droit de recourir à l'assistance d'un avocat et aient la possibilité de l'exercer, de manière à pouvoir faire un choix éclairé quant à savoir si elles participeront ou non à l'enquête dont elles sont l'objet. Par conséquent, si le détenu a exercé le droit à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'art. 10, il aura vraisemblablement été informé de son droit de garder le silence, et l'importance globale de la mise en garde peut se trouver quelque peu réduite. Toutefois, si le suspect n'a pas consulté un avocat, la mise en garde policière devient d'autant plus importante en tant que facteur à considérer pour répondre à la question du caractère volontaire qui se pose en dernière analyse.

Il ressort de ce qui précède que, lorsque la *Charte* est entrée en vigueur en 1982, le droit de garder le silence, en tant que facette du principe interdisant l'auto-incrimination, faisait déjà vraiment partie de la règle des confessions reconnue en common law. Toute incertitude qui pouvait subsister quant à savoir si la règle des confessions englobait le droit de garder le silence a été clairement dissipée par

the right to silence formed part of the "basic tenets of our legal system" and hence became constitutionalized under s. 7 (pp. 162-63). In defining the scope of the *Charter* right to silence, McLachlin J. (as she then was) focussed in large part on related rules at common law, including the confessions rule. In reviewing the scope of the common law confessions rule, she explained (at pp. 166-67) that the jurisprudence on confessions revealed two persistent themes. The first related to the exercise of free will in choosing whether to speak to police or remain silent and the second to ensuring that reception of the impugned statement would not result in unfairness or bring the administration of justice into disrepute. She further explained how, in turn, this broader concept of the rule forms part of our fundamental notion of procedural fairness and how it also reflects the view that the rationale for the confessions rule "goes beyond the exclusion of unreliable statements and extends to considerations of whether reception of the statement will be unfair or tend to bring the administration of justice into disrepute". (p. 167). The question posed by McLachlin J. following this historical review of the confessions rule was whether this broader notion of voluntariness "should prevail in the post-*Charter* era" (p. 173). She concluded that it should.

Ten years later, this Court in *Oickle* made express reference to the analysis in *Hebert* and embraced this modern expansive view of the confessions rule which, significantly for our purposes, clearly includes the right of the detained person to make a meaningful choice whether or not to speak to state authorities: see paras. 24-26. Iacobucci J. then reviewed the various components of the contemporary confessions rule, stressing, of course, that "[t]he application of the rule will by necessity be contextual" and that "all the relevant factors" must be considered (para. 47). He went on to describe the more common circumstances that vitiate the voluntariness of a confession using the well-known headings: (a) threats or promises, (b)

notre Cour dans l'arrêt *Hebert*. Celle-ci a reconnu que le droit de garder le silence faisait partie des « préceptes fondamentaux de notre système juridique » et avait en conséquence été constitutionnalisé en vertu de l'art. 7 (p. 162-163). Pour définir la portée du droit de garder le silence garanti par la *Charte*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) s'est fondée dans une large mesure sur des règles de common law connexes, dont la règle des confessions. En examinant la portée de la règle des confessions reconnue en common law, elle a expliqué (p. 166-167) que deux thèmes constants ressortaient de la jurisprudence relative aux confessions. Le premier concernait l'usage du libre arbitre dans le choix de parler à la police ou de garder le silence, et le second, l'assurance que la réception de la déclaration contestée ne créerait pas une iniquité ou ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Ensuite, elle a expliqué comment cette notion plus large de la règle fait partie de note conception fondamentale de l'équité procédurale et comment elle reflète le point de vue selon lequel la raison d'être de la règle des confessions « va au-delà de l'exclusion des déclarations non dignes de foi pour s'étendre aux questions de savoir si la réception de la déclaration sera inéquitable ou susceptible de déconsidérer l'administration de la justice » (p. 167). Après avoir fait cet historique de la règle des confessions, la juge McLachlin s'est demandé si cette notion plus large du caractère volontaire « devrait prévaloir après l'adoption de la *Charte* » (p. 173), pour conclure qu'elle le devrait.

Dix ans plus tard, dans l'arrêt *Oickle*, notre Cour a mentionné expressément l'analyse de l'arrêt *Hebert* et a adopté cette interprétation large moderne de la règle des confessions qui, faut-il le noter en l'espèce, inclut nettement le droit de la personne détenue de faire un choix utile quant à savoir si elle parlera ou non aux autorités de l'État : voir par. 24-26. Le juge Iacobucci a alors examiné les divers éléments de la règle des confessions contemporaine, en soulignant bien entendu que « [l]'application de la règle est, par nécessité, contextuelle » et qu'il faut tenir compte de « tous les facteurs pertinents » (par. 47). Il a ensuite décrit les conditions les plus courantes qui vicient le caractère volontaire des confessions en utilisant les rubriques bien connues

oppression, and (c) operating mind. In keeping with the broader modern approach to the confessions rule, he also added a final consideration in determining whether a confession is voluntary or not — the police use of trickery to obtain a confession that would "shock the community" (para. 66). He explained that: "Unlike the previous three headings, this doctrine is a distinct inquiry. While it is still related to voluntariness, its more specific objective is maintaining the integrity of the criminal justice system" (para. 65). Finally, it is noteworthy that, in summarizing the parameters of the confessions rule, Iacobucci J. made express reference to the right to silence as a relevant facet of the rule:

> The doctrines of oppression and inducements are primarily concerned with reliability. However, as the operating mind doctrine and Lamer J.'s concurrence in *Rothman, supra*, both demonstrate, the confessions rule also extends to protect a broader conception of voluntariness "that focuses on the protection of the accused's rights and fairness in the criminal process": J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 339. Voluntariness is the touchstone of the confessions rule. Whether the concern is threats or promises, the lack of an operating mind, or police trickery that unfairly denies the accused's right to silence, this Court's jurisprudence has consistently protected the accused from having involuntary confessions introduced into evidence. If a confession is involuntary for any of these reasons, it is inadmissible. [Emphasis added; para. 69.]

36 On the question of voluntariness, as under any distinct s. 7 review based on an alleged breach of the right to silence, the focus is on the conduct of the police and its effect on the suspect's ability to exercise his or her free will. The test is an objective one. However, the individual characteristics of the accused are obviously relevant considerations in applying this objective test.

que sont a) les menaces ou promesses, b) l'oppression et c) l'état d'esprit conscient. Conformément à l'interprétation large moderne de la règle des confessions, il a aussi ajouté un dernier facteur à considérer pour déterminer si une confession est volontaire ou non — le recours par la police à des ruses qui « choquer[aient] la collectivité », dans le but d'obtenir une confession (par. 66). Le juge a expliqué que, « [c]ontrairement aux théories qui ont fait l'objet des trois dernières rubriques, cette théorie établit une analyse distincte. Bien qu'elle soit elle aussi liée au caractère volontaire, elle vise plus précisément à préserver l'intégrité du système de justice pénale » (par. 65). Il convient enfin de signaler qu'en résumant les paramètres de la règle des confessions le juge Iacobucci a décrit expressément le droit de garder le silence comme étant une facette pertinente de la règle :

> La théorie de l'oppression et celle des encouragements s'attachent principalement à la fiabilité. Cependant, comme le démontrent la théorie de l'état d'esprit conscient et les motifs concordants du juge Lamer dans *Rothman*, précité, la règle des confessions vise également à protéger une conception plus large du caractère volontaire [TRADUCTION] « qui met l'accent sur la protection des droits de l'accusé et l'équité du processus pénal » : J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2e éd. 1999), à la p. 339. Le caractère volontaire est la pierre d'assise de la règle des confessions. Qu'il ait été question de menaces ou de promesses, de l'absence d'un état d'esprit conscient ou encore de ruses policières qui privent injustement l'accusé de son droit de garder le silence, la jurisprudence de notre Cour a invariablement protégé l'accusé contre l'admission en preuve d'une confession non volontaire. Si la confession est involontaire pour l'une ou l'autre de ces raisons, elle est inadmissible. [Je souligne; par. 69.]

En ce qui concerne la question du caractère volontaire, comme dans tout examen distinct effectué en vertu de l'art. 7 au sujet d'une allégation de violation du droit de garder le silence, l'accent est mis sur le comportement de la police et sur l'incidence qu'il a eu sur la capacité du suspect d'user de son libre arbitre. Le critère est de nature objective. Cependant, les caractéristiques individuelles de l'accusé constituent, de toute évidence, des facteurs pertinents pour appliquer ce critère objectif.

Therefore, voluntariness, as it is understood today, requires that the court scrutinize whether the accused was denied his or her right to silence. The right to silence is defined in accordance with constitutional principles. A finding of voluntariness will therefore be determinative of the s. 7 issue. In other words, if the Crown proves voluntariness beyond a reasonable doubt, there can be no finding of a *Charter* violation of the right to silence in respect of the same statement. The converse holds true as well. If the circumstances are such that an accused is able to show on a balance of probabilities a breach of his or her right to silence, the Crown will not be in a position to meet the voluntariness test. It is important to understand, however, the proper scope of the constitutionalized right to silence, a question that I will address in a moment. As I will explain, Mr. Singh's real bone of contention lies in the scope of the right to silence now constitutionally entrenched under s. 7 of the *Charter*. However, before I do so, more needs to be said on the interrelation between the confessions rule and the residual protection afforded under s. 7 of the *Charter*.

37 Pour se prononcer sur le caractère volontaire, au sens où on l'entend de nos jours, le tribunal doit donc examiner si l'accusé a été privé de son droit de garder le silence. La définition du droit de garder le silence est conforme aux principes constitutionnels. Par conséquent, une conclusion à l'existence du caractère volontaire sera déterminante quant à la question relative à l'art. 7. Autrement dit, si le ministère public établit le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable, il sera alors impossible de conclure à une violation du droit de garder le silence garanti par la *Charte* en ce qui concerne la même déclaration. L'inverse est également vrai. Dans le cas où un accusé peut prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu violation de son droit de garder le silence, le ministère public ne sera pas en mesure de satisfaire au critère du caractère volontaire. Cependant, il importe de saisir la portée que doit avoir le droit constitutionnalisé de garder le silence, question sur laquelle je reviendrai dans un instant. Comme je vais l'expliquer, la véritable question que soulève M. Singh concerne la portée du droit de garder le silence maintenant constitutionnalisé en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, il est préalablement nécessaire d'en dire plus sur la corrélation entre la règle des confessions et la protection résiduelle offerte par l'art. 7 de la *Charte*.

Much concern was expressed on this appeal about this overlap between the confessions rule and s. 7 of the *Charter*. However, Mr. Singh's argument that his *Charter* right to silence is somehow rendered meaningless by an approach that recognizes the full breadth of the contemporary confessions rule is misguided. First, there is nothing unusual in the fact that common law rules develop along *Charter* lines. The common law confessions rule is no exception. Second, the expanded approach adopted in *Oickle* does not negate, but rather *enhances*, the protection of Mr. Singh's right to silence. As stated already, under the common law rule, the onus is on the Crown to prove voluntariness beyond a reasonable doubt. The mere presence of a doubt as to the exercise of the detainee's free will in making the statement will suffice to ground a remedy. And, by contrast to remedies under the *Charter*, which are subject to the court's discretion

38 On s'est beaucoup préoccupé, en l'espèce, du recoupement entre la règle des confessions et l'art. 7 de la *Charte*. Cependant, M. Singh a tort de soutenir qu'une approche qui donne plein effet à la règle moderne des confessions vide en quelque sorte de tout son sens de droit de garder le silence que lui garantit la *Charte*. Premièrement, il n'y a rien d'inusité dans le fait que les règles de common law évoluent dans le sens de la *Charte*. La règle des confessions en common law ne fait pas exception. Deuxièmement, l'interprétation large retenue dans l'arrêt *Oickle* n'écarte pas la protection du droit de M. Singh de garder le silence, mais au contraire elle la *renforce*. Comme nous l'avons vu, la règle de common law oblige le ministère public à établir le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable. La seule existence d'un doute quant à savoir si le détenu a usé de son libre arbitre en faisant la déclaration est suffisante pour justifier une réparation.

under s. 24(2), a violation of the confessions rule always warrants exclusion. In *Oickle*, Iacobucci J. noted the wider protection afforded under the confessions rule in explaining why he rejected the suggestion that the *Charter* should be regarded as subsuming the common law rules. His words bear repeating:

> One possible view is that the *Charter* subsumes the common law rules.
>
> But I do not believe that this view is correct, for several reasons. First, the confessions rule has a broader scope than the *Charter*. For example, the protections of s. 10 only apply "on arrest or detention". By contrast, the confessions rule applies whenever a person in authority questions a suspect. Second, the *Charter* applies a different burden and standard of proof from that under the confessions rule. Under the former, the burden is on the accused to show, on a balance of probabilities, a violation of constitutional rights. Under the latter, the burden is on the prosecution to show beyond a reasonable doubt that the confession was voluntary. Finally, the remedies are different. The *Charter* excludes evidence obtained in violation of its provisions under s. 24(2) only if admitting the evidence would bring the administration of justice into disrepute: see *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and the related jurisprudence. By contrast, a violation of the confessions rule always warrants exclusion.
>
> These various differences illustrate that the *Charter* is not an exhaustive catalogue of rights. Instead, it represents a bare minimum below which the law must not fall. A necessary corollary of this statement is that the law, whether by statute or common law, can offer protections beyond those guaranteed by the *Charter*. The common law confessions rule is one such doctrine, and it would be a mistake to confuse it with the protections given by the *Charter*. While obviously it may be appropriate, as in *Hebert*, *supra*, to interpret one in light of the other, it would be a mistake to assume

De plus, contrairement aux réparations fondées sur la *Charte* qui, en vertu du par. 24(2), sont assujetties au pouvoir discrétionnaire du tribunal, la violation de la règle des confessions justifie dans tous les cas l'exclusion de la déclaration en cause. Dans l'arrêt *Oickle*, le juge Iacobucci a souligné la protection plus large offerte par la règle des confessions lorsqu'il a expliqué pourquoi il rejetait l'idée qu'il y avait lieu de considérer que la *Charte* subsume les règles de common law. Il convient de rappeler les propos qu'il a tenus à cet égard :

> Une interprétation possible est que la *Charte* subsume ces règles.
>
> Cependant, je ne crois pas que cette interprétation soit fondée, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, la règle des confessions a une portée plus grande que les droits garantis par la *Charte*. Par exemple, les garanties prévues par l'art. 10 ne s'appliquent qu'« en cas d'arrestation ou de détention ». Par comparaison, la règle des confessions s'applique chaque fois qu'une personne en situation d'autorité interroge un suspect. Deuxièmement, le fardeau de la preuve et la norme de preuve ne sont pas les mêmes pour l'application de la *Charte* que pour la règle des confessions. Dans le cas de la *Charte*, il incombe à l'accusé d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu atteinte à des droits constitutionnels, alors que dans le cas de la règle des confessions, il incombe à la poursuite d'établir, hors de tout doute raisonnable, que l'aveu était volontaire. Enfin, les réparations diffèrent dans l'un et l'autre cas. En vertu du par. 24(2) de la *Charte*, le tribunal peut écarter des éléments de preuve obtenus en violation des dispositions de la *Charte*, mais seulement si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice : voir *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et la jurisprudence connexe. À l'opposé, la violation de la règle des confessions commande dans tous les cas l'exclusion des éléments de preuve.
>
> Ces différences illustrent bien le fait que la *Charte* n'englobe pas exhaustivement tous les droits. Au contraire, elle représente le strict minimum que le droit doit respecter. Le corollaire nécessaire de cette affirmation est que le droit peut établir, soit au moyen de dispositions législatives ou de règles de common law, d'autres garanties que celles prévues par la *Charte*. La règle des confessions de la common law constitue un tel principe, et il serait erroné de le confondre avec les garanties offertes par la *Charte*. Bien qu'il puisse certes être approprié, comme l'a fait notre Cour dans *Hebert*,

one subsumes the other entirely. [Emphasis added; paras. 29-31.]

précité, d'interpréter un ensemble de droits au regard de l'autre, il serait erroné de présumer que l'un de ces ensembles subsume entièrement l'autre. [Je souligne; par. 29-31.]

Further elaboration is required here on the warning that it would be "a mistake to assume one subsumes the other entirely". For the reasons I have already expressed, the confessions rule effectively subsumes the constitutional right to silence in circumstances where an obvious person in authority is interrogating a person who is in detention because, in such circumstances, the two tests are functionally equivalent. However, this does not mean that the residual protection afforded to the right to silence under s. 7 of the *Charter* cannot supplement the common law. Professors Paciocco and Stuesser explain this interrelationship between the common law rule and s. 7 succinctly as follows:

39 Des précisions s'imposent ici sur la mise en garde du juge selon laquelle « il serait erroné de présumer que l'un de ces ensembles subsume entièrement l'autre ». Pour les raisons déjà exposées, la règle des confessions subsume effectivement le droit constitutionnel de garder le silence dans le cas où une personne qui est de toute évidence en situation d'autorité interroge une personne détenue, du fait qu'en pareil cas les deux critères sont fonctionnellement équivalents. Toutefois, cela ne signifie pas que la protection résiduelle dont le droit de garder le silence bénéficie en vertu de l'art. 7 de la *Charte* ne peut pas compléter la common law. Les professeurs Paciocco et Stuesser expliquent succinctement cette corrélation entre la règle de la common law et l'art. 7 :

Section 7 of the *Charter* can supplement the common law. It has been recognized, for example, that the voluntariness rule has acquired constitutional status as a principle of fundamental justice. This particular development has little practical significance, however. With respect to statements themselves, accused persons will be better off relying on the common law rule where the Crown bears the onus of establishing voluntariness, and where exclusion of the statement is automatic. If the *Charter* principle is relied upon, the accused bears the burden of establishing a violation on the balance of probabilities, and if the Crown can demonstrate that the accused would have spoken without the breach, the statement made might still be admissible.

[TRADUCTION] L'article 7 de la *Charte* peut compléter la common law. Il est reconnu, par exemple, que la règle du caractère volontaire a été constitutionnalisée à titre de principe de justice fondamentale. Ce fait a cependant peu d'importance pratique. En ce qui concerne les déclarations elles-mêmes, l'accusé fera mieux d'invoquer la règle de common law qui oblige le ministère public à établir le caractère volontaire et qui prescrit l'exclusion automatique de la déclaration. S'il invoque le principe établi dans la *Charte*, l'accusé a le fardeau d'établir l'existence d'une violation selon la prépondérance des probabilités et si le ministère public peut démontrer que l'accusé aurait parlé en l'absence de la violation, la déclaration pourrait toujours être admissible.

Although in most cases the common law will therefore provide greater protection, there will be cases where section 7 gives added value to the accused. As has already been seen, section 7 is violated if the accused is cross-examined about why he did not give a statement to the police. Moreover, as described below, section 7 protects the right to silence, and although it is contentious, [note that it is this area of contention that is resolved in this appeal] it may be that a breach of that constitutional right can result in the exclusion of otherwise admissible statements; without question, section 7 goes beyond the voluntariness rule in cases of "detained statements," excluding many that would otherwise meet the voluntariness rule. Similarly, in cases of "statutory compulsion" statements made in

Même si, dans la plupart des cas, la common law offrira par conséquent une meilleure protection, il arrivera cependant que l'article 7 aura une utilité supplémentaire pour l'accusé. Comme nous l'avons vu, il y a violation de l'article 7 si l'accusé est contre-interrogé sur les raisons pour lesquelles il n'a pas fait de déclaration à la police. En outre, comme nous le verrons plus loin, l'article 7 protège le droit de garder le silence et, bien que cela prête à controverse [à noter que c'est ce point litigieux qui est réglé dans le présent pourvoi], il se peut qu'une violation de ce droit constitutionnel entraîne l'exclusion de déclarations par ailleurs admissibles; l'article 7 va indéniablement plus loin que la règle du caractère volontaire dans le cas des « déclarations faites par des personnes détenues », en écartant

compliance with statutory obligations to speak may be excluded, even though they would have been admissible at common law. Section 7 also supports the exclusion of derivative evidence that the common law would have received. As Justice Iacobucci warned in *R. v. Oickle* with respect to the common law and *Charter* regimes, "[i]t would be a mistake to assume that one subsumes the other entirely." [Footnotes omitted.]

(*The Law of Evidence* (4th ed. 2005), at pp. 304-5)

40 As noted by Professors Paciocco and Stuesser, the residual protection afforded to the right to silence under s. 7 has been recognized in a number of circumstances. Section 7 may be found to have a role to play in yet other contexts not mentioned in the passage excerpted above. Cases of "detained statements", as one example where s. 7 goes beyond the voluntariness rule, is the most relevant on this appeal. What the authors are alluding to here is the principle in *Hebert* whereby, as they explain it, "the right to silence of a detained person is contravened where an undercover state agent (either a police officer or an informant planted by the police) actively elicits a statement from the accused" (p. 307). This is an example where s. 7 offers protection beyond the confessions rule because the latter is not triggered in circumstances such as *Hebert*. The confessions rule only applies in respect of statements made to a person in authority. The undercover agent, who is unknown to the accused to be acting as a state authority, does not fall in that category. It is well established that the test for determining who is a "person in authority" is not categorical; rather, it is contextual. It depends largely on the reasonable perception of the accused. The test was reiterated recently in *R. v. Grandinetti*, [2005] 1 S.C.R. 27, 2005 SCC 5: "The operative question is whether the accused, based on his or her [reasonable] perception of the recipient's ability to influence the prosecution, believed either that refusing to make a statement to the person would result in prejudice, or that making one would result in favourable treatment" (para. 38). This approach is rooted in the rule's traditional concern about the reliability of confessions, the rationale being that

de nombreuses déclarations qui respecteraient par ailleurs la règle du caractère volontaire. De même, dans les cas de « contrainte légale », des déclarations faites conformément à une obligation légale de parler peuvent être écartées en dépit du fait qu'elles auraient été admissibles en common law. L'article 7 favorise aussi l'exclusion d'éléments de preuve dérivée qui auraient été admis en common law. Dans l'arrêt *R. c. Oickle*, le juge Iacobucci a prévenu, au sujet des régimes de la common law et de la *Charte*, qu'« il serait erroné de présumer que l'un de ces ensembles subsume entièrement l'autre. » [Renvois omis.]

(*The Law of Evidence* (4e éd. 2005), p. 304-305)

Comme le soulignent les professeurs Paciocco et Stuesser, la protection résiduelle dont le droit de garder le silence bénéficie en vertu de l'art. 7 a été reconnue dans un certain nombre de circonstances. Il se peut que l'on juge que l'art. 7 a un rôle à jouer dans d'autres contextes non mentionnés dans l'extrait précité. Le cas des « déclarations faites par des personnes détenues », en tant qu'exemple où l'art. 7 va plus loin que la règle du caractère volontaire, est le plus pertinent dans le présent pourvoi. Les auteurs font ici allusion au principe de l'arrêt *Hebert* suivant lequel, comme ils l'expliquent, [TRADUCTION] « il y a atteinte au droit d'une personne détenue de garder le silence lorsqu'un agent double de l'État (soit un policier, soit un informateur recruté par la police) obtient de façon active une déclaration de l'accusé » (p. 307). Voilà un exemple où l'art. 7 offre une protection plus grande que la règle des confessions du fait que cette dernière n'entre pas en jeu dans des circonstances comme celles de l'affaire *Hebert*. La règle des confessions ne s'applique qu'à l'égard des déclarations faites à une personne en situation d'autorité. L'agent double, dont l'accusé ignore qu'il agit à titre d'autorité de l'État, ne fait pas partie de cette catégorie. Il est bien établi que le critère applicable pour déterminer qui est une « personne en situation d'autorité » n'est pas fondé sur des catégories; il est plutôt de nature contextuelle. Il dépend dans une large mesure de la perception raisonnable de l'accusé. Ce critère a été réitéré dernièrement dans l'arrêt *R. c. Grandinetti*, [2005] 1 R.C.S. 27, 2005 CSC 5 : « Il faut se demander si, compte tenu de sa perception [raisonnable] du pouvoir de son interlocuteur d'influencer la poursuite, l'accusé croyait qu'il subirait un préjudice s'il

there is a greater risk that an accused may be influenced to give a false confession to a person perceived to have the authority to influence the course of the investigation or the proceedings.

refusait de faire une déclaration ou qu'il bénéficierait d'un traitement favorable s'il parlait » (par. 38). Cette approche est fondée sur l'attachement traditionnel de la règle à la fiabilité des confessions, le raisonnement étant qu'il existe un risque plus élevé qu'un accusé soit incité à faire une fausse confession à une personne perçue comme ayant le pouvoir d'influencer le déroulement de l'enquête ou de l'instance.

I now turn to the scope of the s. 7 *Charter* right to silence.

J'aborde maintenant la portée du droit de garder le silence garanti par l'art. 7 de la *Charte*. 41

3.3. *The Section 7 Right to Silence*

3.3. *Le droit de garder le silence garanti par l'art. 7*

As stated earlier, Mr. Singh submits that the law in Canada provides inadequate protection during custodial interrogations. Police officers, he states, should be required to inform the detainee of his or her right to silence and, absent a signed waiver, to refrain from questioning any detainee who states that he or she does not wish to speak to the police. In effect, Mr. Singh asks that the Court impose on the police a correlative obligation, comparable to s. 10(*b*) of the *Charter*, to stop questioning a suspect whenever he or she clearly asserts the right to silence. Such a bright-line rule would undoubtedly have the advantage of certainty. However, for reasons that follow, I cannot accede to this suggestion. 42

Comme nous l'avons vu, M. Singh soutient que le droit canadien offre une protection insuffisante durant les interrogatoires sous garde. Selon lui, les policiers devraient être tenus d'informer le détenu de son droit de garder le silence et, en l'absence d'une renonciation signée, s'abstenir d'interroger le détenu qui affirme ne pas vouloir parler à la police. Monsieur Singh demande en fait à la Cour d'imposer à la police l'obligation corrélative, comparable à l'al. 10*b*) de la *Charte*, de cesser l'interrogatoire du suspect qui invoque clairement le droit de garder le silence. Il n'y a aucun doute qu'une règle aussi claire et précise aurait l'avantage d'être certaine. Cependant, pour les motifs qui suivent, je ne puis retenir cette idée.

The approach advocated by Mr. Singh not only ignores the state interests at stake, a matter upon which I will elaborate, it overshoots the protection afforded to the individual's freedom of choice both at common law and under the *Charter*. Under the *Charter*, the right to counsel, including an informational and implementational component, is provided for expressly. No such provision appears in respect of the right to silence. Hackett J. explained the reason for the difference quite well as follows: 43

Non seulement l'approche préconisée par M. Singh ne tient-elle pas compte des intérêts de l'État qui sont en jeu — point sur lequel je reviendrai plus loin —, mais encore elle déborde la protection accordée à la liberté de choix de l'individu tant par la common law que par la *Charte*. Le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit est expressément prévu par la *Charte*. Aucune disposition analogue n'y figure en ce qui a trait au droit de garder le silence. Le juge Hackett a très bien expliqué la raison de cette différence :

> Although the right to counsel and right to silence are equally important rights, it does not follow that they will be protected in the same way as suggested in Guimond. The right to silence, by its very nature, is exercised differently than the right to counsel and in this respect, the

> [TRADUCTION] Même si le droit à l'assistance d'un avocat et celui de garder le silence ont la même importance, cela ne signifie pas qu'ils seront protégés de la manière indiquée dans la décision Guimond. De par sa nature même, le droit de garder le silence s'exerce d'une

right to silence and right to counsel are not the same. The exercise of the right to silence is within the control of an accused who has an operating mind and is fully informed of his or her rights, provided the conduct of the authorities do not take away his or her ability to choose. In contrast, the exercise of the right to counsel is not within the control of an accused in detention. Rather, it is dependant upon the police facilitating the exercise of that right. Consequently, it is clear that the police cannot continue to question an accused who asserts his or her right to counsel until they have helped him or her exercise that right. The "holding off" requirement in the case of the right to counsel is therefore not necessary in the case of the right to silence because the law recognizes an accused's free will and the ability of an accused to change his or her mind about whether or not to speak to the police. This change of mind can occur either as a result of personal reasons, or police persuasion that does not violate principles of fundamental justice or deprive the accused of choice.

(*R. v. C.G.*, [2004] O.J. No. 229 (QL) (C.J.), at para. 93)

44 At common law, the protection afforded by the confessions rule has always been intended to guard against the potential abuse by the state of its superior powers over a detained suspect. However, under Mr. Singh's suggested approach, any statement obtained after the suspect asserts his right to silence would be of questionable admissibility, regardless of whether there is a causal nexus between the conduct of the police and the making of the statement.

45 More importantly, Mr. Singh's proposition ignores the state interest in the effective investigation of crime. The Court in *Hebert* stressed the importance of achieving a proper balance between the individual's right to choose whether to speak to the authorities and society's interest in uncovering the truth in crime investigations. As I stated earlier, the suspect may be the most fruitful source of information. While the fact of detention unquestionably triggers the need for additional checks on police interrogation techniques because of the greater vulnerability of the detainee, the moment of detention does nothing to reduce the suspect's value as an

façon différente du droit à l'assistance d'un avocat et, à cet égard, le droit de garder le silence et celui de recourir à l'assistance d'un avocat diffèrent. L'exercice du droit de garder le silence dépend de la volonté de l'accusé qui est dans un état d'esprit conscient et qui est pleinement informé de ses droits, pourvu que le comportement des autorités ne le prive pas de sa capacité de choisir. Par contre, l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat ne dépend pas de la seule volonté de l'accusé qui est détenu. Il doit en effet être facilité par la police. Par conséquent, il est clair que la police ne peut pas continuer à interroger un accusé qui invoque son droit à l'assistance d'un avocat tant qu'elle ne l'a pas aidé à exercer ce droit. L'obligation de « surseoir » dans le cas du droit à l'assistance d'un avocat n'est donc pas nécessaire dans le cas du droit de garder le silence, parce que le droit reconnaît le libre arbitre de l'accusé et sa capacité de changer d'avis quant à savoir s'il parlera ou non à la police. Ce changement d'avis peut se produire soit pour des raisons personnelles, soit à la suite d'une persuasion policière qui ne viole pas les principes de justice fondamentale et n'empêche pas l'accusé de choisir.

(*R. c. C.G.*, [2004] O.J. No. 229 (QL) (C.J.), par. 93)

En common law, la protection offerte par la règle des confessions a toujours eu pour objet d'empêcher l'État d'abuser des pouvoirs supérieurs qu'il a sur un suspect détenu. Toutefois, selon l'approche proposée par M. Singh, la recevabilité de toute déclaration obtenue après que le suspect a invoqué son droit de garder le silence serait mise en doute, et ce, indépendamment de la question de savoir s'il existe un lien causal entre le comportement de la police et la déclaration qui a été faite.

Qui plus est, la thèse de M. Singh ne tient pas compte de l'intérêt de l'État dans l'efficacité des enquêtes criminelles. Dans l'arrêt *Hebert*, la Cour a souligné l'importance d'établir un juste équilibre entre le droit de l'individu de choisir de parler ou non aux autorités et l'intérêt qu'a la société à découvrir de la vérité dans le cadre des enquêtes criminelles. Comme je l'ai déjà affirmé, le suspect peut être la source de renseignements la plus riche. Bien que la détention donne incontestablement naissance à la nécessité d'assujettir les techniques d'interrogatoire de la police à des limites supplémentaires en raison de la vulnérabilité plus

important source of information. Provided that the detainee's rights are adequately protected, including the freedom to choose whether to speak or not, it is in society's interest that the police attempt to tap this valuable source. The Court in *Hebert* said the following on the critical importance of achieving a balance between individual and societal interests:

> The *Charter* through s. 7 seeks to impose limits on the power of the state over the detained person. It thus seeks to effect a balance between the interests of the detained individual and those of the state. On the one hand s. 7 seeks to provide to a person involved in the judicial process protection against the unfair use by the state of its superior resources. On the other, it maintains to the state the power to deprive a person of life, liberty or security of person provided that it respects fundamental principles of justice. The balance is critical. Too much emphasis on either of these purposes may bring the administration of justice into disrepute — in the first case because the state has improperly used its superior power against the individual, in the second because the state's legitimate interest in law enforcement has been frustrated without proper justification. [Emphasis added; p. 180.]

Hebert therefore set out the parameters of the s. 7 *Charter* right to silence to achieve this balance. Some of the limits set out by the Court were responsive to the particular facts in *Hebert* and, consequently, are only relevant to the situation where a detainee is interrogated by an undercover officer. They need not be repeated here. Of relevance in this case are the first two limits. I reproduce the relevant excerpts here:

> First, there is nothing in the rule to prohibit the police from questioning the accused in the absence of counsel after the accused has retained counsel. Presumably, counsel will inform the accused of the right to remain silent. If the police are not posing as undercover officers and the accused chooses to volunteer information, there will be no violation of the *Charter*. Police persuasion, short of denying the suspect the right to choose or depriving him of an operating mind, does not breach the right to silence.

grande du détenu, le moment de la détention ne diminue aucunement la valeur du suspect à titre de source de renseignements importante. Pourvu que les droits du détenu soient suffisamment protégés, y compris sa liberté de choisir de parler ou non, la société a intérêt à ce que la police essaie de mettre à profit cette source précieuse. Dans l'arrêt *Hebert*, la Cour a tenu les propos suivants au sujet de l'importance cruciale d'établir un juste équilibre entre les intérêts de l'individu et ceux de la société :

> Par l'intermédiaire de l'art. 7, la *Charte* tente de restreindre le pouvoir de l'État sur la personne détenue. Elle tente donc d'établir un équilibre entre les intérêts de la personne détenue et ceux de l'État. D'une part, l'art. 7 cherche à protéger la personne visée par le processus judiciaire contre l'emploi inéquitable des ressources supérieures de l'État. D'autre part, il conserve à l'État son pouvoir de porter atteinte aux droits d'un individu à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne pourvu qu'il respecte les principes de justice fondamentale. Cet équilibre est crucial. Accorder une trop grande importance à l'un ou l'autre de ces objets est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice — dans le premier cas, parce que l'État a fait un usage irrégulier de son pouvoir supérieur contre l'individu et, dans le second parce que l'intérêt légitime de l'État dans l'application des lois a été contrecarré sans raison valable. [Je souligne; p. 180.]

46 L'arrêt *Hebert* a donc défini les paramètres du droit de garder le silence garanti par l'art. 7 de la *Charte* de manière à ce que cet équilibre soit atteint. Certaines des limites établies par la Cour tenaient aux faits particuliers de l'affaire *Hebert* et sont donc applicables seulement lorsque le détenu est interrogé par un agent banalisé. Il n'est pas nécessaire de les répéter ici. Ce sont les deux premières limites qui s'appliquent en l'espèce. Voici les extraits pertinents :

> Premièrement, la règle n'interdit aucunement aux policiers d'interroger l'accusé en l'absence de l'avocat après que l'accusé a eu recours à ses services. Il faut présumer que l'avocat aura avisé l'accusé de son droit de garder le silence. Si les policiers n'interviennent pas comme agents banalisés et que l'accusé choisit volontairement de donner des renseignements, il n'y aura aucune violation de la *Charte*. La persuasion policière qui ne prive pas le suspect de son droit de choisir ni de son état d'esprit conscient ne viole pas le droit de garder le silence.

Second, it applies only after detention. Undercover operations prior to detention do not raise the same considerations. The jurisprudence relating to the right to silence has never extended protection against police tricks to the pre-detention period. Nor does the *Charter* extend the right to counsel to pre-detention investigations. The two circumstances are quite different. In an undercover operation prior to detention, the individual from whom information is sought is not in the control of the state. There is no need to protect him from the greater power of the state. After detention, the situation is quite different; the state takes control and assumes the responsibility of ensuring that the detainee's rights are respected. [Emphasis added; p. 184.]

47 Mr. Singh takes particular issue with the leeway afforded to the police in questioning the detainee, even after he has retained counsel and has asserted his choice to remain silent. He submits that courts have erroneously interpreted the underlined passage above as permitting the police to *ignore* a detainee's expressed wish to remain silent and to use "legitimate means of persuasion". I say two things in response to this argument. First, the use of legitimate means of persuasion is indeed permitted under the present rule — it was expressly endorsed by this Court in *Hebert*. This approach is part of the critical balance that must be maintained between individual and societal interests. Second, the law as it stands does not permit the police to *ignore* the detainee's freedom to choose whether to speak or not, as contended. Under both common law and *Charter* rules, police persistence in continuing the interview, despite repeated assertions by the detainee that he wishes to remain silent, may well raise a strong argument that any subsequently obtained statement was not the product of a free will to speak to the authorities. As we shall see, the trial judge in this case was very much alive to the risk that the statement may be involuntary when a police officer engages in such conduct.

Deuxièmement, la règle ne s'applique qu'après la mise en détention. Les opérations secrètes qui ont lieu avant la détention ne soulèvent pas les mêmes considérations. La jurisprudence relative au droit de garder le silence n'a jamais étendu à la période qui précède la détention la protection contre les artifices utilisés par les policiers. La *Charte* n'étend pas non plus le droit à l'assistance d'un avocat aux enquêtes qui précèdent la détention. Les deux situations sont très différentes. Au cours d'une opération secrète qui précède la détention, la personne de qui l'on tente d'obtenir des renseignements n'est pas sous le contrôle de l'État. Il n'y a aucune raison de la protéger du pouvoir supérieur de l'État. Après la mise en détention, la situation est tout à fait différente; l'État prend le contrôle et a la responsabilité de garantir que les droits du détenu sont respectés. [Je souligne; p. 184.]

Monsieur Singh conteste plus particulièrement la latitude dont jouissent les policiers pour questionner le détenu, même après que celui-ci a retenu les services d'un avocat et exprimé son choix de garder le silence. Il soutient que les tribunaux ont interprété de façon erronée le passage souligné ci-dessus comme permettant aux policiers de *passer outre* à la volonté explicite d'un détenu de garder le silence, et d'utiliser des « moyens de persuasion légitimes ». À cet argument, je réponds deux choses. Premièrement, le recours à des moyens de persuasion légitimes est effectivement permis par la règle actuelle — notre Cour l'a expressément approuvé dans l'arrêt *Hebert*. Cette approche s'inscrit dans l'équilibre crucial qui doit être maintenu entre les intérêts de l'individu et ceux de la société. Deuxièmement, dans son état actuel, le droit ne permet pas aux policiers de *passer outre* à la liberté du détenu de choisir de parler ou non, comme on le prétend. Tant en vertu des règles de la common law que de celles de la *Charte*, il se peut bien que la persistance des policiers à poursuivre l'interrogatoire, malgré les affirmations répétées du détenu qu'il souhaitait garder le silence, permette de faire valoir sérieusement que toute déclaration obtenue par la suite ne résultait pas d'une libre volonté de parler aux autorités. Comme nous le verrons, le juge du procès en l'espèce était très conscient du risque que la déclaration soit involontaire lorsqu'un policier adopte un tel comportement.

It is clear that Mr. Singh's argument on his s. 7 application is based on an expanded notion of the right to silence that does not form part of Canadian law. With respect, my colleague Justice Fish effectively endorses this expanded notion of the right to silence when he poses the question on this appeal as being "whether 'no' means 'yes' where a police interrogator refuses to take 'no' for an answer from a detainee under his total control" (para. 55).

3.4 *Application to This Case*

As stated earlier, Mr. Singh only takes issue with the trial judge's inquiry on whether the police respected his constitutional right to remain silent. Although he makes his argument within the confines of his s. 7 *Charter* application, it matters not because, as I have explained, the functional test under the confessions rule is the same. The fallacy in Mr. Singh's argument is that it is entirely based upon an expanded and erroneous notion of the scope of the right to silence protected by the *Charter* which, for reasons I have already given, finds no support in Canadian law. The courts below did not err in their interpretation of *Hebert* as contended.

Mr. Singh alleges no other error in principle and, in my view, understandably so. The trial judge correctly instructed himself in accordance with the law in *Oickle* and *Hebert* and conducted a thorough review of all relevant circumstances. Indeed, his analysis of the applicable jurisprudence and review of the relevant facts are impeccable, particularly with respect to the right to silence. The trial judge reviewed all relevant statements of principle pertaining to the right to silence in *Oickle* and *Hebert* and he considered a number of similar cases where the police had continued their questioning of a suspect despite repeated assertions that the suspect wished to remain silent or end the interview, including Proulx J.A.'s judgment in *R. v. Otis* (2000), 151

48 Il est clair que l'argument de M. Singh relatif à sa demande fondée sur l'art. 7 repose sur une conception large du droit de garder le silence qui ne fait pas partie du droit canadien. En toute déférence, mon collègue le juge Fish se trouve en fait à souscrire à cette conception large du droit de garder le silence lorsqu'il dit que la question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir « si "non" veut dire "oui" lorsque le policier qui effectue un interrogatoire refuse d'accepter le "non" donné comme réponse par un détenu qui est entièrement sous son contrôle » (par. 55).

3.4 *Application à la présente affaire*

49 Comme nous l'avons vu, M. Singh conteste seulement l'examen par le juge du procès de la question de savoir si la police a respecté son droit constitutionnel de garder le silence. Bien qu'il avance son argument dans le cadre de sa demande fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, cela est sans importance puisque, comme je l'ai expliqué, le critère fonctionnel applicable en vertu de la règle des confessions est le même. L'argument de M. Singh ne tient pas la route du fait qu'il est entièrement fondé sur une conception large et erronée de la portée du droit de garder le silence garanti par la *Charte*, conception qui, pour les raisons déjà indiquées, n'est aucunement appuyée par le droit canadien. Contrairement à ce qu'on prétend, les tribunaux d'instance inférieure n'ont commis aucune erreur dans leur interprétation de l'arrêt *Hebert*.

50 Monsieur Singh n'invoque aucune autre erreur de principe, ce qui est compréhensible selon moi. Le juge du procès s'est rappelé correctement les règles applicables en vertu des arrêts *Oickle* et *Hebert* et a procédé à un examen approfondi de l'ensemble des circonstances pertinentes. En fait, son analyse de la jurisprudence applicable et son examen des faits pertinents sont impeccables, particulièrement en ce qui concerne le droit de garder le silence. Le juge du procès a examiné tous les énoncés de principe touchant le droit de garder le silence dans les arrêts *Oickle* et *Hebert* et il a considéré un certain nombre d'affaires similaires dans lesquelles la police avait poursuivi l'interrogatoire d'un suspect malgré ses affirmations répétées qu'il souhaitait garder le

C.C.C. (3d) 416 (Que. C.A.), which is particularly instructive on this question. In applying the law to the facts, the trial judge paid particular attention to the inherent danger in the stratagem used by Sgt. Attew which troubles my colleague, stating as follows:

> I must say that this aspect of the matter has caused me some concern. Sergeant Attew was refreshingly frank in saying that he intended to put parts of the police case against Mr. Singh before him in an effort to get him to confess, no matter what. That approach can lead to an undermining of an accused person's right to choose between silence and talking to the police authorities. [para. 34]

After citing the instructive passage in *Hebert* quoted above on where the line should be drawn, the trial judge continued as follows:

> It appears to me that in the case where an interviewer approaches his or her task with a view to the effect that "I will use the stratagem of insisting on presenting the police case to the suspect to encourage the suspect to talk, no matter what the suspect says", that interviewer runs the risk of having his or her conduct construed by the reviewing court as depriving the suspect of the right to make a meaningful choice whether to speak to the authorities or not. But, as Mr. McMurray says quite correctly, it is all a matter of degree. Was Mr. Singh's right to choose to talk or to remain silent undermined or overborne by Sergeant Attew's admitted dedication to his agenda? [para. 35]

51 The trial judge concluded that "it was not" (para. 36). Justice Fish comes to the opposite conclusion. With respect, the applicable standard of review bears repeating. As reiterated in *Oickle*:

> If a trial court properly considers all the relevant circumstances, then a finding regarding voluntariness is essentially a factual one, and should only be overturned for "some palpable and overriding error which affected [the trial judge's] assessment of the facts": *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at p. 279 (quoting *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808) (emphasis in *Schwartz*). [para. 71]

silence ou mettre fin à l'interrogatoire, y compris le jugement du juge Proulx dans l'affaire *R. c. Otis*, [2000] R.J.Q. 2828 (C.A.), qui est particulièrement instructif à cet égard. En appliquant le droit aux faits, le juge du procès a attaché une importance particulière au danger inhérent du stratagème qui a été employé par le sergent Attew et qui préoccupe mon collègue, en s'exprimant en ces termes :

> [TRADUCTION] Je dois dire que cet aspect de l'affaire m'a préoccupé quelque peu. Le sergent Attew a dit, avec une franchise rassurante, qu'il avait l'intention d'exposer à M. Singh des éléments du dossier que la police avait contre lui dans le but de l'amener à passer aux aveux, coûte que coûte. Cette façon de procéder risque de compromettre le droit de l'accusé de choisir de garder le silence ou de parler aux autorités policières. [par. 34]

Après avoir cité le passage instructif de l'arrêt *Hebert*, exposé plus haut, au sujet de la question de savoir où tracer la ligne de démarcation, le juge du procès a ajouté ceci :

> [TRADUCTION] Il me semble que, lorsqu'un interrogateur aborde sa tâche en se disant « Je vais employer le stratagème consistant à insister pour présenter au suspect le dossier de la police afin de l'inciter à parler, peu importe ce qu'il dira », celui-ci court le risque de voir le tribunal de révision considérer que son comportement a privé le suspect de son droit de faire un choix utile quant à savoir s'il parlerait ou non aux autorités. Mais, comme l'affirme à juste titre M^e^ McMurray, ce n'est qu'une question de degré. Le droit de M. Singh de choisir de parler ou de garder le silence a-t-il été compromis ou éclipsé par la détermination avouée du sergent Attew à atteindre les objectifs qu'il s'était fixés? [par. 35]

Le juge du procès a conclu [TRADUCTION] « que non » (par. 36). Le juge Fish arrive à la conclusion contraire. En toute déférence, il convient de rappeler la norme de contrôle applicable, qui a été réitérée dans l'arrêt *Oickle* :

> Si le tribunal de première instance examine comme il se doit toutes les circonstances pertinentes, une conclusion à l'égard du caractère volontaire est essentiellement de nature factuelle et ne doit être infirmée que si « le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits » : *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, à la p. 279 (citant *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808) (passage souligné dans *Schwartz*). [par. 71]

Mr. Singh has not pointed to any such error. Nor, in my view, is any such error apparent from a review of the videotape of the interviews and the transcript of the *voir dire*. Despite Sgt. Attew's admitted intention to put parts of the police case against Mr. Singh before him in an effort to get him to confess, "no matter what", his conduct of the interview as evidenced on the videotape shows that in so describing his method his bark is much worse than his bite. In my respectful view, the trial judge's ultimate judgment call on this issue is supported by the record and is entitled to deference. Therefore, I see no reason to interfere with his ruling on admissibility.

It must again be emphasized that such situations are highly fact-specific and trial judges must take into account all the relevant factors in determining whether or not the Crown has established that the accused's confession is voluntary. In some circumstances, the evidence will support a finding that continued questioning by the police in the face of the accused's repeated assertions of the right to silence denied the accused a meaningful choice whether to speak or to remain silent: see *Otis*. The number of times the accused asserts his or her right to silence is part of the assessment of all of the circumstances, but is not in itself determinative. The ultimate question is whether the accused exercised free will by choosing to make a statement: *Otis*, at paras. 50 and 54.

4. Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeal.

The reasons of Binnie, LeBel, Fish and Abella JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

The question on this appeal is whether "no" means "yes" where a police interrogator refuses to take "no" for an answer from a detainee under his

Monsieur Singh n'a pas invoqué une telle erreur. J'estime, en outre, qu'une telle erreur ne ressort ni de l'examen de la bande vidéo des interrogatoires ni de la transcription du voir-dire. Malgré l'intention avouée du sergent Attew d'exposer à M. Singh des éléments du dossier que la police avait contre lui dans le but de l'amener à passer aux aveux, [TRADUCTION] « coûte que coûte », l'interrogatoire qu'il a effectué d'après la bande vidéo montre qu'en décrivant sa méthode ainsi il faisait plus de bruit que de mal. À mon avis, la décision que le juge du procès a rendue, en définitive, sur ce point est étayée par le dossier et commande la déférence. Je ne vois donc aucune raison de modifier sa décision sur la question de l'admissibilité. 52

Là encore, il faut souligner que ces situations dépendent fortement des faits de chaque affaire et que le juge du procès doit tenir compte de tous les facteurs pertinents pour déterminer si le ministère public a établi que la confession de l'accusé est volontaire. Dans certains cas, la preuve permettra de conclure que la poursuite de l'interrogatoire de la police, malgré que l'accusé ait invoqué, à maintes reprises, son droit de garder le silence, a privé ce dernier de la possibilité de faire un choix utile de parler ou de garder le silence : voir l'arrêt *Otis*. Le nombre de fois que l'accusé invoque son droit de garder le silence entre dans l'appréciation de l'ensemble des circonstances, mais il n'est pas déterminant en soi. En définitive, la question est de savoir si l'accusé a usé de son libre arbitre en choisissant de faire une déclaration : *Otis*, par. 50 et 54. 53

4. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel. 54

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel, Fish et Abella rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

La question en l'espèce est de savoir si « non » veut dire « oui » lorsque le policier qui effectue un interrogatoire refuse d'accepter le « non » donné 55

total control. As a matter of constitutional principle, I would answer that question in the negative, allow the appeal and order a new trial.

II

56 I emphasize from the outset that we are not asked in this case to break new constitutional ground. More specifically, we are not urged *to grant* detainees a pre-trial right of silence. They already have that right under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. And it is a right that extends beyond the confessions rule of the common law which rests, as we shall see, on a different foundation of principle.

57 What is at stake, rather, is the Court's duty to ensure that a detainee's right to silence will be respected by interrogators once it has been unequivocally asserted, and not disregarded or insidiously undermined as an investigative "stratagem" (the trial judge's own word in this case).

58 The appellant, Jagrup Singh, asserted his right to silence unequivocally — not once, but *18 times*. Throughout his interrogation, Mr. Singh was imprisoned in a police lock-up. In the trial judge's words, he was "totally under the control of the police authorities", "[did] not have freedom of unescorted movement" and "relie[d] totally on his jailers for the necessities of life" (Ruling on the *voir dire*, [2003] B.C.J. No. 3174 (QL), 2003 BCSC 2013, at para. 8). Powerless to end his interrogation, Mr. Singh asked, repeatedly, to be returned to his cell. Yet he was not permitted to do so until he capitulated and made the incriminating statements impugned on this appeal.

59 Mr. Singh's interrogator understood very well that Mr. Singh had chosen not to speak with the police. The interrogator nonetheless disregarded

comme réponse par un détenu qui est entièrement sous son contrôle. Pour des raisons de principe constitutionnel, je répondrais à cette question par la négative, j'accueillerais le pourvoi et j'ordonnerais un nouveau procès.

II

Je souligne d'emblée qu'on ne nous demande pas, en l'espèce, d'innover en matière constitutionnelle. Plus précisément, on ne nous demande pas *d'accorder* aux détenus un droit de garder le silence avant le procès. Ce droit leur est déjà reconnu par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. De plus, il s'agit d'un droit qui va plus loin que la règle des confessions en common law qui, comme nous le verrons, repose sur un principe différent.

Ce qui est en cause, c'est plutôt l'obligation de la Cour de veiller à ce que ceux qui interrogent un détenu respectent son droit de garder le silence une fois qu'il l'a clairement invoqué, et à ce qu'ils s'abstiennent d'y passer outre ou de le compromettre insidieusement à titre de « stratagème » d'enquête (pour reprendre le terme utilisé par le juge du procès en l'espèce).

L'appelant Jagrup Singh a clairement invoqué son droit de garder le silence — non pas une seule fois, mais plutôt *18 fois*. Pendant toute la durée de son interrogatoire, M. Singh était incarcéré dans un poste de police. Pour reprendre les termes du juge du procès, il était [TRADUCTION] « entièrement sous le contrôle des autorités policières », il « n'a[vait] pas la liberté de se déplacer sans être accompagné » et il « dépend[ait] totalement de ses geôliers pour les nécessités de la vie » (décision relative au voir-dire, [2003] B.C.J. No. 3174 (QL), 2003 BCSC 2013, par. 8). Incapable de mettre fin à son interrogatoire, M. Singh a demandé, à maintes reprises, à regagner sa cellule. Cependant, on ne lui a permis de le faire qu'après qu'il eut cédé et fait les déclarations incriminantes en cause dans le présent pourvoi.

Le policier qui a interrogé M. Singh comprenait parfaitement que ce dernier avait choisi de ne pas parler à la police. Il n'a pourtant pas tenu

Mr. Singh's repeated assertions of his right to silence. It is undisputed that he did so "in an effort to get [Mr. Singh] to confess, no matter what" (Ruling on the *voir dire*, at para. 34 (emphasis added)).

In his relentless pursuit of this objective, the interrogator urged Mr. Singh, subtly but unmistakeably, to forsake his counsel's advice. I find this aspect of the interrogation particularly disturbing.

To the officer's knowledge, Mr. Singh had been advised by his lawyer to exercise his right to silence. The officer, with irony if not cynicism, discounted this "absolutely great advice" (his words) as something he too would say if he were Mr. Singh's lawyer. And he then pressed Mr. Singh to instead answer his questions — "to confess, no matter what".

Mr. Singh was thus deprived not only of his right to silence, but also, collaterally, of the intended benefit of his right to counsel. These rights are close companions, like glove and hand. As McLachlin J. (now C.J.C.) explained in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 176-77:

> The most important function of legal advice upon detention is to ensure that the accused understands his rights, chief among which is his right to silence. The detained suspect, potentially at a disadvantage in relation to the informed and sophisticated powers at the disposal of the state, is entitled to rectify the disadvantage by speaking to legal counsel at the outset, so that he is aware of his right not to speak to the police and obtains appropriate advice with respect to the choice he faces. Read together, ss. 7 and 10(*b*) confirm the right to silence in s. 7 and shed light on its nature.
>
> . . .
>
> This suggests that the drafters of the *Charter* viewed the ambit of the right to silence embodied in s. 7 as extending beyond the narrow formulation of the

compte des revendications répétées de M. Singh de son droit de garder le silence. Personne ne conteste qu'il a agi ainsi [TRADUCTION] « dans le but [d]'amener [M. Singh] à passer aux aveux, coûte que coûte » (décision relative au voir-dire, par. 34 (je souligne)).

60 Dans sa poursuite obstinée de cet objectif, le policier a incité, subtilement mais indéniablement, M. Singh à repousser les conseils de son avocat. Cet aspect de l'interrogatoire est, à mes yeux, particulièrement troublant.

61 Le policier savait que l'avocat de M. Singh lui avait recommandé d'exercer son droit de garder le silence. Il a, d'une manière ironique, voire cynique, minimisé l'importance de cet [TRADUCTION] « excellent conseil » (selon ses propres termes) en disant que c'est aussi ce qu'il dirait à M. Singh s'il était son avocat. Il a ensuite pressé M. Singh de choisir plutôt de répondre à ses questions — « à passer aux aveux, coûte que coûte ».

62 Monsieur Singh a ainsi non seulement été privé de son droit de garder le silence, mais aussi, parallèlement, de l'avantage censé découler de son droit à l'assistance d'un avocat. Ces droits vont de pair, comme le gant et la main. Comme la juge McLachlin (maintenant Juge en chef du Canada) l'a expliqué dans l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 176-177 :

> La fonction la plus importante de l'avis juridique au moment de la détention est d'assurer que l'accusé comprenne quels sont ses droits dont le principal est le droit de garder le silence. Le suspect détenu, exposé à se trouver en situation défavorable par rapport aux pouvoirs éclairés et sophistiqués dont dispose l'État, a le droit de rectifier cette situation défavorable en consultant un avocat dès le début afin d'être avisé de son droit de ne pas parler aux policiers et d'obtenir les conseils appropriés quant au choix qu'il doit faire. Pris ensemble, l'art. 7 et l'al. 10*b*) confirment le droit de garder le silence reconnu à l'art. 7 et nous éclairent sur sa nature.
>
> . . .
>
> Cela donne à entendre que les rédacteurs de la *Charte* ont considéré que la portée du droit de garder le silence, consacré à l'art. 7, s'étend au-delà de la formulation

confessions rule, comprehending not only the negative right to be free of coercion induced by threats, promises or violence, but a positive right to make a free choice as to whether to remain silent or speak to the authorities. [Emphasis added.]

And again, at p. 186:

The essence of the right to silence is that the suspect be given a choice; the right is quite simply the freedom to choose — the freedom to speak to the authorities on the one hand, and the freedom to refuse to make a statement to them on the other. This right of choice comprehends the notion that the suspect has been accorded the right to consult counsel and thus to be informed of the alternatives and their consequences, and that the actions of the authorities have not unfairly frustrated his or her decision on the question of whether to make a statement to the authorities. [Emphasis added.]

Nothing in either passage, or elsewhere in *Hebert*, suggests that McLachlin J. limited the right of silence under s. 7 of the *Charter* to statements made by a detainee to undercover police officers or to other detainees. On the contrary, in determining its scope on a principled basis, Justice McLachlin dealt with the right to silence in the context of statements made "*to the police*" or "*to the authorities*" by detainees *under interrogation*. And she dealt with it as a constitutional right not subsumed by the common law confessions rule.

63 At the very least, the interrogator's conduct in this case "unfairly frustrated [Mr. Singh's] decision on the question of whether to make a statement to the authorities" (*Hebert*, at p. 186). Accordingly, the impugned statements, in the words of s. 24(2) of the *Charter*, were "obtained in a manner that infringed or denied" Mr. Singh's constitutional right to silence. And I am satisfied that authorizing their admission in the circumstances of this case would bring the administration of justice into disrepute. They should therefore have been excluded at trial.

étroite de la règle des confessions, pour englober non seulement le droit, formulé en termes négatifs, de ne pas faire l'objet d'une contrainte par suite de menaces, de promesses ou de violence, mais aussi le droit absolu de choisir librement de garder le silence ou de parler aux autorités. [Je souligne.]

Puis, à la p. 186 :

Le droit de garder le silence consiste essentiellement à accorder au suspect un choix; il s'agit tout simplement de la liberté de choisir — la liberté de parler aux autorités, d'une part, et la liberté de refuser de leur faire une déclaration, d'autre part. Ce droit de choisir signifie que le suspect s'est vu accorder le droit à l'assistance d'un avocat et qu'il a donc été informé des options qui s'offraient à lui et de leurs conséquences, et que les actes des autorités ne l'ont pas empêché de façon inéquitable de décider de leur faire ou non une déclaration. [Je souligne.]

Rien dans l'un ou l'autre de ces passages, ou ailleurs dans l'arrêt *Hebert*, n'indique que la juge McLachlin a limité l'application du droit de garder le silence garanti par l'art. 7 de la *Charte* aux déclarations qu'une personne détenue a faites à des policiers en civil ou à d'autres détenus. Au contraire, pour en déterminer la portée d'une manière rationnelle, la juge McLachlin a examiné le droit de garder le silence dans le contexte des déclarations faites « *aux policiers* » ou « *aux autorités* » par des personnes détenues *subissant un interrogatoire*. Elle l'a, en outre, considéré comme un droit constitutionnel non subsumé sous la règle des confessions reconnue en common law.

En l'espèce, le comportement de l'interrogateur a tout au moins « empêché de façon inéquitable [M. Singh] de décider de [. . .] faire ou non une déclaration [aux autorités] » (*Hebert*, p. 186). Par conséquent, les déclarations contestées ont, pour reprendre les termes du par. 24(2) de la *Charte*, été « obtenu[e]s dans des conditions qui portent atteinte » au droit constitutionnel de M. Singh de garder le silence. J'estime, en outre, qu'autoriser leur utilisation dans les circonstances de la présente affaire est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Elles auraient donc dû être écartées lors du procès.

III

In the trial judge's view, Mr. Singh's repeated assertions of his right to silence signify that "Mr. Singh successfully invoked his right to silence" (para. 36). Indeed, as we shall later see, this was the first reason given by the trial judge for finding that Mr. Singh's right to silence had been respected by his police interrogator.

The judge's reasoning in this regard is superficially attractive but blind to reality. Mr. Singh's repeated assertions of his right to silence demonstrate as convincingly as one can that he had chosen *not to talk to the police* about the incident which led to his arrest. His interrogator systematically disregarded Mr. Singh's wish to remain silent. The more he did so, the stronger the interrogator's message to Mr. Singh that continued resistance was futile: any further assertion by Mr. Singh of his right to silence would likewise be frustrated, merely prolonging the agony of his interrogation. And the trial judge found, as I mentioned earlier, that Mr. Singh was throughout this time "totally under the control of the police authorities" and entirely dependent on them "for the necessities of life" (para. 8).

Where continued resistance has been made to appear futile to one person under the dominance or control of another, as it was in this case, ultimate submission proves neither true consent nor valid waiver. It proves the *failure*, not the *success*, of the disregarded assertions of the right of the powerless and the vulnerable to say "no".

Justice Charron notes (at para. 50) that in determining whether the right to silence had been infringed, the trial judge asked himself: "Was Mr. Singh's right to choose to talk or to remain silent

III

64 Selon le juge du procès, le fait que M. Singh ait invoqué, à maintes reprises, son droit de garder le silence signifie que [TRADUCTION] « M. Singh a invoqué avec succès son droit de garder le silence » (par. 36). En réalité, comme nous le verrons plus loin, c'était la première raison que le juge du procès a donnée pour conclure que le policier qui a interrogé M. Singh avait respecté le droit de ce dernier de garder le silence.

65 Le raisonnement adopté à cet égard par le juge du procès est séduisant à première vue, mais il ne tient pas compte de la réalité. Le fait que M. Singh ait invoqué, à maintes reprises, son droit de garder le silence démontre de la façon la plus convaincante qu'il avait choisi *de ne pas parler à la police* de l'épisode à l'origine de son arrestation. Le policier qui interrogeait M. Singh a systématiquement passé outre à sa volonté de garder le silence. Plus M. Singh a invoqué ce droit, plus son interrogateur a tenté de lui faire comprendre qu'il ne servirait à rien de continuer à résister : toute nouvelle revendication par M. Singh de son droit de garder le silence serait également contrecarrée, ce qui ne ferait que prolonger le supplice de son interrogatoire. Comme je l'ai déjà mentionné, le juge du procès a conclu que, pendant tout ce temps, M. Singh était [TRADUCTION] « entièrement sous le contrôle des autorités policières » et qu'il dépendait totalement d'elles « pour les nécessités de la vie » (par. 8).

66 Dans le cas où, comme en l'espèce, une personne se trouvant sous la domination ou le contrôle d'autrui a été amenée à conclure qu'il ne servirait à rien de continuer à résister, le fait qu'elle ait finalement cédé ne prouve ni l'existence d'un consentement véritable, ni celle d'une renonciation valide à l'exercice d'un droit. Il démontre l'*échec*, et non le *succès*, des revendications du droit d'une personne impuissante et vulnérable de dire « non », auxquelles on a passé outre.

67 La juge Charron souligne (au par. 50) que, pour déterminer s'il y avait eu violation du droit de garder le silence, le juge du procès s'est posé la question suivante : [TRADUCTION] « Le droit de

undermined or overborne by Sergeant Attew's admitted dedication to his agenda?"

68 In answering this question, the trial judge explained:

> In my view, it was not. Mr. Singh was actually quite successful in exercising his right to silence repeatedly. Indeed, as [Crown counsel] says, this is not a confession. Mr. Singh has made an important admission, but he has not made a confession to the crime.
>
> (Ruling on the *voir dire*, at para. 36)

69 With respect, I believe that neither of these reasons withstands appellate scrutiny. I have already dealt with the first and have nothing to add here. As for the second, I am unaware of any distinction, in determining their admissibility, between "a confession" and an "important admission" made or given by an accused to a person in authority, as in this case.

70 Before leaving this branch of the matter, I take care not to be understood to have held that 18 (a significant number in other contexts) is of any importance at all in determining whether a detainee's right of silence has been effectively undermined. On the contrary, I favour a purposive approach and find it unnecessary to decide whether 18 times is too many or once is too few. Constitutional rights do not have to be asserted or invoked a pre-determined number of times before the state and its agents are bound to permit them to be exercised freely and effectively. A right that need not be respected after it has been firmly and unequivocally asserted *any* number of times is a constitutional promise that has not been kept.

71 Nothing in *Hebert*, or in any other decision of this Court, permits the police to press detainees to waive the *Charter* rights they have firmly and unequivocally asserted, or to deliberately frustrate

M. Singh de choisir de parler ou de garder le silence a-t-il été compromis ou éclipsé par la détermination avouée du sergent Attew à atteindre les objectifs qu'il s'était fixés? »

En répondant à cette question, le juge du procès a expliqué :

> [TRADUCTION] J'estime que non. Monsieur Singh a bel et bien réussi à exercer, à maintes reprises, son droit de garder le silence. En fait, comme l'affirme [l'avocat du ministère public], il ne s'agit pas d'une confession. Monsieur Singh a fait un aveu important, mais il n'a pas confessé le crime.
>
> (Décision relative au voir-dire, par. 36)

Avec égards, j'estime qu'aucune de ces raisons ne résiste à un examen en appel. J'ai déjà examiné la première et je n'ai rien à ajouter ici. Quant à la deuxième raison, pour ce qui est de déterminer leur admissibilité, je ne connais aucune distinction entre une « confession » et un « aveu important » qu'un accusé fait à une personne en autorité, comme c'est le cas en l'espèce.

Avant de passer à un autre aspect de l'affaire, je tiens à préciser que je ne veux pas que l'on croie que j'ai décidé que le nombre 18 (qui est significatif dans d'autres contextes) revêt une importance quelconque pour déterminer si le droit d'un détenu de garder le silence a effectivement été compromis. Au contraire, je préconise une approche téléologique et j'estime inutile de décider si 18 fois est un nombre excessif ou si une seule fois ne suffit pas. Il n'est pas nécessaire de revendiquer ou d'invoquer des droits constitutionnels un nombre prédéterminé de fois pour que l'État et ses représentants soient obligés d'en permettre l'exercice libre et efficace. Un droit qu'il n'est pas nécessaire de respecter après qu'il a été invoqué clairement et résolument *peu importe combien de fois* représente une promesse constitutionnelle non tenue.

Rien dans l'arrêt *Hebert* ou dans quelque autre décision de notre Cour ne permet à la police de presser des détenus de renoncer aux droits garantis par la *Charte* qu'ils ont clairement et résolument

their effective exercise. This is true of the right to counsel and true as well of the right to silence.

IV

Justice Charron agrees with the British Columbia Court of Appeal that "[i]n the context of an investigatory interview with an obvious person in authority, the expansive view of the confession rule in *Oickle* may leave little additional room for s. 7" ((2006), 38 C.R. (6th) 217, 2006 BCCA 281, at para. 19). With respect, I am of a different view.

The rationale of the enhanced confessions rule adopted in *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38, like the rationale of its narrower predecessor, is distinct from the purposes served by the *Charter*. A confession may be "voluntary" under the common law rule and yet be obtained by state action that infringes s. 7 of the *Charter*. And s. 7 will be infringed where, as in this case, a police interrogator has undermined a detainee's "freedom to choose whether to make a statement or not" (*Hebert*, at p. 176). Flagrantly disregarded in this way, the detainee's "positive right to make a free choice" (*Hebert*, at p. 177), is neither "positive" nor "free".

As Justice Charron notes, the scope of the common law confessions rule is not in issue in this appeal. Applying the standard set out in *Oickle*, the trial judge found that Mr. Singh had an operating mind, and that his will was not overborne by threats or promises, by oppression, or by police trickery that would shock the community. On these findings of fact, he was entitled to conclude, as he did, that Mr. Singh's inculpatory statements were voluntary, within the meaning of *Oickle*. This conclusion was not appealed.

invoqués, ou d'en empêcher délibérément l'exercice efficace. Cela vaut tant pour le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat que pour celui de garder le silence.

IV

72 La juge Charron est d'accord avec la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour dire que [TRADUCTION] « [d]ans le contexte d'un interrogatoire d'enquête mené par une personne qui est de toute évidence en situation d'autorité, il se peut que l'interprétation large de la règle des confessions dans l'arrêt *Oickle* laisse peu de place additionnelle à l'art. 7 » ((2006), 38 C.R. (6th) 217, 2006 BCCA 281, par. 19). Avec égards, je ne suis pas du même avis.

73 Le raisonnement qui sous-tend la règle élargie des confessions adoptée dans l'arrêt *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38, comme celui qui sous-tend la règle antérieure de portée plus étroite, diffère des objectifs de la *Charte*. Une confession peut être « volontaire » suivant la règle de common law tout en ayant été obtenue au moyen d'un acte de l'État qui contrevient à l'art. 7 de la *Charte*. De plus, il y a contravention à l'art. 7 lorsque, comme en l'espèce, un policier qui effectue un interrogatoire compromet la « liberté [du détenu] de choisir de faire ou non une déclaration » (*Hebert*, p. 176). Lorsqu'on y passe outre de manière aussi flagrante, le « droit absolu [du détenu] de choisir librement » (*Hebert*, p. 177) n'est ni « absolu » ni exercé « librement ».

74 Comme le fait observer la juge Charron, la portée de la règle des confessions reconnue en common law n'est pas en cause dans le présent pourvoi. Appliquant la norme établie dans l'arrêt *Oickle*, le juge du procès a conclu que M. Singh était dans un état d'esprit conscient et que sa volonté n'était pas ébranlée par des menaces ou des promesses, par de l'oppression ou par des ruses policières qui choqueraient la collectivité. Ces conclusions de fait lui permettaient de conclure, comme il l'a fait, que les déclarations inculpatoires de M. Singh étaient volontaires au sens de l'arrêt *Oickle*. Cette conclusion n'a pas été portée en appel.

75 Justice Charron finds that the expansion of the confessions rule in *Oickle* leaves no additional room for the operation of s. 7 in the context of an "investigatory interview" (paras. 8 and 25). I agree with her that there is considerable overlap between the *Charter* protection of the right to silence and the common law confessions rule. Given their different purposes, however, they should remain distinct doctrines: To *overlap* is not to *overtake*.

La juge Charron estime que l'élargissement de la règle des confessions dans l'arrêt *Oickle* ne laisse aucune place additionnelle à l'application de l'art. 7 dans le contexte d'un « interrogatoire d'enquête » (par. 8 et 25). Je conviens avec elle qu'il existe un recoupement important entre la protection du droit de garder le silence offerte par la *Charte* et la règle des confessions reconnue en common law. Toutefois, compte tenu des objectifs différents qu'ils visent, ces principes doivent demeurer distincts : *recouper* ne signifie pas *supplanter*.

76 Even under its broader formulation in *Oickle*, the common law rule remains principally concerned with the reliability of confessions and the integrity of the criminal justice system. The purpose of the *Charter*, on the other hand, is "to constrain government action in conformity with certain individual rights and freedoms, the preservation of which are essential to the continuation of a democratic, functioning society in which the basic dignity of all is recognized" (*Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, at para. 57).

Même selon sa formulation générale dans l'arrêt *Oickle*, la règle de common law continue de s'attacher principalement à la fiabilité des confessions et à l'intégrité du système de justice criminelle. Par contre, la *Charte* a pour objet de « veiller à ce que toute action gouvernementale soit conforme à certains droits et libertés individuels dont la protection est essentielle au maintien d'une société démocratique et fonctionnelle dans laquelle la dignité fondamentale de tous les individus est reconnue » (*Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, par. 57).

77 As this case illustrates, a purposive approach makes plain that the right to pre-trial silence under s. 7 of the *Charter* is not eclipsed by the common law confessions rule under *Oickle*. This asymmetry should not surprise. The Court has consistently held that the two doctrines are distinct. Lower courts have continued to apply them separately. And even upon expanding the common law rule in *Oickle*, the Court took care to explain that neither rule "subsumes the other" (para. 31).

Comme l'illustre la présente affaire, l'approche téléologique indique clairement que le droit de garder le silence avant le procès, garanti par l'art. 7 de la *Charte*, n'est pas éclipsé par la règle de common law régissant les confessions qui est formulée dans l'arrêt *Oickle*. Cette asymétrie n'a rien d'étonnant. La Cour a toujours conclu que les deux principes sont distincts. Les tribunaux inférieurs ont continué à les appliquer séparément. De plus, même après avoir élargi la portée de la règle de common law dans l'arrêt *Oickle*, la Cour a bien pris soin d'expliquer qu'aucune des règles ne « subsume [. . .] l'autre » (par. 31).

78 Justice Charron finds the reasons of Proulx J.A. in *Otis* "particularly instructive" on the issue that concerns us here. I agree. In Justice Proulx's words: [TRANSLATION] "The refusal of the investigator to respect the respondent's specific insistent request to end the interrogation constitutes a violation of the right to remain silent": *R. v. Otis* (2000), 151 C.C.C. (3d) 416 (Que. C.A.), at para. 43. And I think it especially instructive that Justice Proulx

La juge Charron estime que les motifs du juge Proulx dans l'arrêt *Otis* sont « particulièrement instructif[s] » en ce qui concerne la question qui nous intéresse en l'espèce. Je partage son avis. Comme l'affirme le juge Proulx, « [le] refus de l'enquêteur de respecter à un certain moment l'insistance de l'intimé pour mettre fin à l'interrogatoire constitue une violation du droit au silence » : *R. c. Otis*, [2000] R.J.Q. 2828 (C.A.), par. 43. En outre,

[TRANSLATION] "ruled that the confession should be excluded due to the breach of a right guaranteed by the Charter" (para. 57) rather than under the common law confessions rule — even though, in the particular circumstances of *Otis* (notably the "emotional disintegration" of the accused), he would have excluded the accused's statement under the confessions rule as well.

V

The Court held in *Hebert*, as we have seen, that the s. 7 right to silence "must be interpreted in a manner which secures to the detained person the right to make a free and meaningful choice as to whether to speak to the authorities or to remain silent" (p. 181). Under the *Oickle* test, as noted earlier, a statement is admissible at common law where the detainee had an operating mind and the confession did not result from inducements, oppression, or police trickery that would shock the community. Clearly, however, a confession that meets these common law standards does not invariably represent a "free and meaningful choice" for the purposes of the *Charter*. A choice that has been disregarded, and "unfairly frustrated" (*Hebert*, at p. 186) by relentless interrogation "in an effort to get [a detainee] to confess, no matter what", is, once again, neither "free" nor "meaningful". And it is a choice not born of "legitimate means of persuasion" within the meaning of *Hebert* (p. 177).

Duval J. makes this point well in finding that a confession found to be voluntary for the purposes of the common law was nonetheless obtained in violation of s. 7:

Other than covering his ears and standing mute in response to anything said by the police, how is the detained person to exercise his/her right to remain silent? How long is he to be detained in an interview room after he has stated that he has nothing to say while police persist with an interrogation? At what point in

je trouve spécialement instructif le fait que le juge Proulx a « concl[u] [. . .] à l'exclusion des aveux en conséquence d'une violation d'un droit garanti par la charte » (par. 57) plutôt qu'en application de la règle des confessions reconnue en common law — même si, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire *Otis* (notamment l'« effondrement émotionnel » de l'accusé), il aurait également écarté la déclaration de l'accusé en application de la règle des confessions.

V

79 Comme nous l'avons vu, la Cour a conclu, dans l'arrêt *Hebert*, que le droit de garder le silence garanti par l'art. 7 « doit être interprété de manière à garantir à la personne détenue le droit de faire un choix libre et utile quant à la décision de parler aux autorités ou de garder le silence » (p. 181). Comme je l'ai déjà souligné, suivant le critère de l'arrêt *Oickle*, une déclaration est admissible en common law lorsque le détenu était dans un état d'esprit conscient et que la confession ne résultait pas d'encouragements, d'une oppression ou de ruses policières qui choqueraient la collectivité. Toutefois, il est clair qu'une confession qui satisfait à ces critères de common law ne représente pas toujours un « choix libre et utile » pour les besoins de la *Charte*. Un choix auquel on a passé outre et qu'on a « empêché de façon inéquitable » (*Hebert*, p. 186) de faire en poursuivant sans relâche l'interrogatoire d'un détenu [TRADUCTION] « dans le but [de l']amener [. . .] à passer aux aveux, coûte que coûte » n'est, encore une fois, ni « libre » ni « utile ». Il ne s'agit pas non plus d'un choix découlant de l'utilisation de « moyens de persuasion légitimes » au sens de l'arrêt *Hebert* (p. 177).

80 Le juge Duval fait bien ressortir ce point lorsqu'il conclut qu'une confession jugée volontaire pour les besoins de la common law avait néanmoins été obtenue en contravention de l'art. 7 :

[TRADUCTION] À moins de se boucher les oreilles et de rester muet face à tout ce qui est dit par les policiers, comment la personne détenue est-elle censée exercer son droit de garder le silence? Durant combien de temps doit-elle être détenue dans une salle d'interrogatoire après avoir déclaré qu'elle n'a rien à dire,

time will the assertion of a right to remain silent be respected by ceasing questioning? Once Mr. McKay clearly and consistently, by four consecutive statements, asserted his right to remain silent, the police could not override it by asserting a right to continue questioning him whether he wished to answer or not.

(*R. v. McKay* (2003), 16 C.R. (6th) 347, 2003 MBQB 141, at para. 100)

81 In *Manninen*, a unanimous Court held that "where a detainee has positively asserted his desire to exercise his right to counsel and the police have ignored his request and have proceeded to question him, he is likely to feel that his right has no effect and that he must answer": *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at p. 1244. The same applies here. Detainees are in the custody of the state and subject to total control by its agents. This heightens the power imbalance between the individual and the state. Detainees left alone to face interrogators who persistently ignore their assertions of the right to silence and their pleas for respite are bound to feel that their constitutional right to silence has no practical effect and that they in fact have no choice but to answer.

VI

82 With respect, I am troubled by Justice Charron's suggestion that the ability of the police to investigate crime in Canada would be unduly impaired by the effective exercise of the pre-trial right to silence. In a similar vein, the respondent warns against its "massive and far-reaching consequences in the arena of police investigations" and the federal Director of Public Prosecutions, an intervener, submits that it would have "a devastating impact on criminal justice in Canada".

83 My colleague writes (at para. 28):

One can readily appreciate that the police could hardly investigate crime without putting questions to persons

alors que les policiers persistent à l'interroger? À quel moment donnera-t-on suite à la revendication d'un droit de garder le silence, en mettant fin à l'interrogatoire? Du moment que M. McKay avait invoqué clairement et constamment, à quatre reprises consécutives, son droit de garder le silence, les policiers ne pouvaient y passer outre en invoquant le droit de continuer à l'interroger peu importe qu'il veuille répondre ou non.

(*R. c. McKay* (2003), 16 C.R. (6th) 347, 2003 MBQB 141, par. 100)

Dans l'arrêt *Manninen*, la Cour a conclu à l'unanimité que, « lorsqu'un détenu a formellement exprimé sa volonté d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat et que les policiers ont ignoré sa demande pour commencer à l'interroger, il est bien possible qu'il ait cru que son droit n'avait aucun effet et qu'il devait répondre » : *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, p. 1244. Le même raisonnement s'applique en l'espèce. Les détenus sont sous la garde de l'État et ils sont entièrement sous le contrôle de ses représentants. Cela a pour effet d'accentuer l'inégalité du rapport de force entre l'individu et l'État. Des détenus laissés seuls face à des interrogateurs qui persistent à passer outre à leurs revendications du droit de garder le silence et à leurs demandes de répit ont forcément l'impression que leur droit constitutionnel de garder le silence n'est d'aucune utilité pratique et qu'en fait ils n'ont pas d'autre choix que de répondre.

VI

Avec égards, je suis préoccupé par l'idée de la juge Charron selon laquelle l'exercice efficace du droit de garder le silence avant le procès compromettrait indûment la capacité de la police de faire des enquêtes criminelles au Canada. Dans la même veine, l'intimée met en garde contre ses [TRADUCTION] « conséquences majeures et profondes dans le domaine des enquêtes policières » et l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada prétend que cela aurait [TRADUCTION] « un effet dévastateur sur la justice criminelle au Canada ».

Ma collègue écrit (par. 28) :

On comprendra aisément qu'il serait difficile pour la police d'enquêter sur un crime sans poser de questions

from whom it is thought that useful information may be obtained. The person suspected of having committed the crime being investigated is no exception. Indeed, if the suspect in fact committed the crime, he or she is likely the person who has the most information to offer about the incident. Therefore, the common law also recognizes the importance of police interrogation in the investigation of crime.

aux personnes qui, selon elle, sont susceptibles de lui fournir des renseignements utiles. La personne soupçonnée d'avoir commis le crime à l'origine de l'enquête ne fait pas exception. Du reste, s'il a effectivement commis le crime, le suspect est vraisemblablement la personne ayant le plus de renseignements à fournir au sujet de l'épisode en question. La common law reconnaît donc aussi l'importance de l'interrogatoire policier dans les enquêtes criminelles.

In my view, the issue in this case cannot be characterized that way. No one has challenged the right of the police to put "questions to persons from whom it is thought that useful information may be obtained". While it is true, of course, that the common law recognizes the right of police to ask questions, it is no less true that the Constitution recognizes the right of a detainee to refuse to answer.

84 J'estime que la question à trancher dans la présente affaire ne peut pas être caractérisée ainsi. Personne n'a contesté le droit de la police de « poser de[s] questions aux personnes qui, selon elle, sont susceptibles de lui fournir des renseignements utiles ». Il va sans dire que, bien qu'il soit vrai que la common law reconnaît le droit de la police de poser des questions, il n'est pas moins vrai que la Constitution reconnaît le droit du détenu de refuser de répondre.

This case does not concern the questioning of *potential witnesses* to elicit information from them. It relates to the right of the police, once a detainee has invoked the right of silence protected by s. 7 of the *Charter*, to relentlessly press the detainee's interrogation "in an effort to get [him or her] to confess, no matter what". That was the interrogator's avowed purpose here. And as Wigmore points out in a related, but somewhat different context, "[i]f there is a right to an answer, there soon seems to be a right to the expected answer, — that is, to a confession of guilt." And "[t]he inclination develops to rely mainly upon such evidence, and to be satisfied with an incomplete investigation of the other sources" (J. H. Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law* (2nd ed. 1923), at § 2251, p. 824).

85 La présente affaire ne porte pas sur l'interrogatoire de *témoins potentiels* en vue d'obtenir des renseignements auprès d'eux. Elle concerne le droit de la police, une fois qu'un détenu a invoqué le droit de garder le silence protégé par l'art. 7 de la *Charte*, de poursuivre sans relâche son interrogatoire « dans le but [de l]'amener [. . .] à passer aux aveux, coûte que coûte ». Tel était l'objectif avoué de l'interrogateur en l'espèce. Comme Wigmore l'a fait remarquer dans un contexte analogue, mais quelque peu différent, [TRADUCTION] « [s]'il existe un droit à une réponse, il semble dès lors y avoir un droit à la réponse escomptée, c'est-à-dire à un aveu de culpabilité. » De plus, « [i]l se développe une tendance à s'en remettre principalement à une telle preuve et à se contenter d'une enquête incomplète sur les autres sources » (J. H. Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law* (2e éd. 1923), § 2251, p. 824).

Potential witnesses are rightfully expected, as a matter of civic duty, to assist the police by answering their questions. As a matter of law, however, they may refuse to answer, and go on home. Prisoners and detainees, on the other hand, are by definition not free to leave as they please. They are powerless to end their interrogation. As explained in *Hebert*,

86 On s'attend à juste titre à ce que les témoins potentiels aident la police en répondant à ses questions conformément à leur devoir civique. Toutefois, du point de vue juridique, ils peuvent refuser de répondre et rentrer chez eux. En revanche, les prisonniers et les détenus ne sont par définition pas libres de s'en aller quand bon leur semble. Ils sont

this is why they have been given the right to counsel and its close relative, the right to silence.

87 Neither of these rights has been given constitutional protection *on the condition that it not be exercised*, lest the investigation of crime be brought to a standstill. On the contrary, the policy of the law is to *facilitate*, and not to *frustrate*, the effective exercise of both rights by those whom they are intended to protect. They are *Charter* rights, not constitutional placebos.

88 Moreover, we have no evidence to support the proposition that requiring the police to respect a detainee's right of silence, once it has been unequivocally asserted, would have a "devastating impact" on criminal investigations anywhere in this country.

89 For more than 40 years, it has been the law in the United States that where a suspect "indicates in any manner, at any time prior to or during questioning, that he wishes to remain silent, the interrogation must cease": *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), at pp. 473-74. And yet, as Wharton puts it, "[n]umerous studies in the years following this decision have concluded that *Miranda* had little impact on the ability of the police to obtain statements": *Wharton's Criminal Procedure* (14th ed. (loose-leaf)), at p. 19-9.

90 Moreover, after nearly a decade of experience with *Miranda*, the U.S. Supreme Court reaffirmed its underlying rationale in these terms:

> A reasonable and faithful interpretation of the *Miranda* opinion must rest on the intention of the Court in that case to adopt "fully effective means . . . to notify the person of his right of silence and to assure that the exercise of the right will be scrupulously honored . . . ." 384 U.S. [436], at 479. The critical safeguard identified in the passage at issue is a person's "right to cut off

impuissants à mettre fin à leur interrogatoire. Comme la Cour l'explique dans l'arrêt *Hebert*, c'est la raison pour laquelle on leur a donné le droit de recourir à l'assistance d'un avocat et celui étroitement apparenté de garder le silence.

Aucun de ces droits ne s'est vu accorder la protection constitutionnelle *à la condition qu'il ne soit pas exercé*, de crainte que les enquêtes criminelles soient paralysées. Au contraire, la loi a comme politique générale de *faciliter*, et non d'*empêcher*, l'exercice efficace de ces deux droits par les personnes qu'ils sont censés protéger. Ce sont des droits garantis par la *Charte*, et non des placebos constitutionnels.

De surcroît, aucune preuve ne vient appuyer la proposition selon laquelle le fait d'obliger la police à respecter le droit d'un détenu de garder le silence, dès qu'il a clairement été invoqué, aurait un « effet dévastateur » sur les enquêtes criminelles partout au pays.

Depuis plus de 40 ans, le droit américain veut que, si un suspect [TRADUCTION] « indique, de quelque manière et à quelque moment que ce soit avant ou pendant l'interrogatoire, qu'il souhaite garder le silence, l'interrogatoire doit cesser » : *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), p. 473-474. Pourtant, comme l'affirme Wharton, [TRADUCTION] « [d]e nombreuses études effectuées au cours des années qui ont suivi cette décision sont arrivées à la conclusion que l'arrêt *Miranda* avait peu d'incidence sur la capacité de la police d'obtenir des déclarations » : *Wharton's Criminal Procedure* (14e éd. (feuilles mobiles)), p. 19-9.

En outre, presque dix années après avoir rendu l'arrêt *Miranda*, la Cour suprême des États-Unis en a réitéré la raison d'être fondamentale en ces termes :

> [TRADUCTION] Une interprétation raisonnable et fidèle de l'arrêt *Miranda* doit s'appuyer sur l'intention de la Cour, dans cette affaire, d'adopter un « moyen pleinement efficace [. . .] d'aviser la personne de son droit de garder le silence et d'assurer que ce droit sera scrupuleusement respecté s'il est exercé [. . .] » 384 U.S. [436], p. 479. La garantie cruciale décrite dans le

questioning." *Id.*, at 474. Through the exercise of his option to terminate questioning he can control the time at which questioning occurs, the subjects discussed, and the duration of the interrogation. The requirement that law enforcement authorities must respect a person's exercise of that option counteracts the coercive pressures of the custodial setting. We therefore conclude that the admissibility of statements obtained after the person in custody has decided to remain silent depends under *Miranda* on whether his "right to cut off questioning" was "scrupulously honored."

(*Michigan v. Mosley*, 423 U.S. 96 (1975), at pp. 103-4)

In *Mosley*, upon the detainee's request, "the police . . . immediately ceased the interrogation, resumed questioning only after the passage of a significant period of time and the provision of a fresh set of warnings, and restricted the second interrogation to a crime that had not been a subject of the earlier interrogation" (p. 106). The Court was therefore satisfied that the detainee's "right to cut off questioning" had been "scrupulously honored", within the meaning of *Miranda*.

More recently, after an additional quarter-century under this investigatory regime, the U.S. Supreme Court affirmed that "*Miranda* and its progeny in this Court govern the admissibility of statements made during custodial interrogation in both state and federal courts". See *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000), at p. 432, where the Court held that Congress could not circumvent or override *Miranda* by making voluntariness the sole criterion of admissibility of a detainee's statements to the police.

Not everyone will agree with Wharton that *Miranda* appears to have had little effect on the ability of the police to obtain statements. There are, of course, conflicting assessments of the evidence as to its impact, but *Miranda* can hardly be said to have paralysed criminal investigations in

passage en cause est le « droit » d'une personne « de mettre fin à l'interrogatoire. » *Id.*, p. 474. En choisissant, comme il lui est loisible de le faire, de mettre fin à l'interrogatoire qu'elle subit, une personne peut exercer un contrôle sur le moment et la durée de l'interrogatoire, de même que sur les sujets abordés. L'exigence que les autorités chargées d'appliquer la loi respectent le choix fait par cette personne neutralise les pressions coercitives du placement sous garde. Nous concluons donc que l'admissibilité des déclarations obtenues après que la personne sous garde a décidé de garder le silence dépend, selon l'arrêt *Miranda*, de la question de savoir si son « droit de mettre fin à l'interrogatoire » a été « scrupuleusement respecté. »

(*Michigan c. Mosley*, 423 U.S. 96 (1975), p. 103-104)

91 Dans l'affaire *Mosley*, à la demande du détenu, [TRADUCTION] « la police [. . .] a mis fin immédiatement à l'interrogatoire, qu'elle n'a repris qu'au bout d'un bon moment et à la suite d'une nouvelle série de mises en garde, et elle a fait porter le second interrogatoire uniquement sur un crime non visé par l'interrogatoire antérieur » (p. 106). La Cour était donc convaincue que le « droit » du détenu « de mettre fin à l'interrogatoire » avait été « scrupuleusement respecté », au sens de l'arrêt *Miranda*.

92 Plus récemment, après un autre quart de siècle de ce régime d'enquête, la Cour suprême des États-Unis a confirmé que [TRADUCTION] « l'arrêt *Miranda* et ceux que notre Cour a rendus dans sa foulée régissent l'admissibilité en preuve, devant les tribunaux des États et les tribunaux fédéraux, des déclarations faites pendant un interrogatoire sous garde ». Voir l'arrêt *Dickerson c. United States*, 530 U.S. 428 (2000), p. 432, où la Cour a estimé que le Congrès ne pouvait pas esquiver l'arrêt *Miranda* ou y passer outre en faisant du caractère volontaire le seul critère d'admissibilité des déclarations qu'un détenu a faites à la police.

93 Tous ne conviendront pas avec Wharton que l'arrêt *Miranda* semble avoir eu peu d'incidence sur la capacité de la police d'obtenir des déclarations. Certes, il existe des appréciations contradictoires de la preuve relative à l'incidence qu'il a eue, mais on peut difficilement affirmer que l'arrêt *Miranda*

the United States. And there is no evidentiary basis for suggesting that it would do so in Canada.

94 In any event, the success of this appeal does not depend on the importation of the *Miranda* rule into Canada. And I take care not to be misunderstood to suggest that *Miranda* either is now, or ought to be made, the law in Canada. Here, the right to silence, once asserted, is not a barrier to the admissibility of any subsequent pre-trial statement of a detainee or prisoner. Nor is there any requirement that interrogators obtain a signed waiver from detainees, as the appellant suggests there ought to be. On the other hand, in the words of Professors Delisle, Stuart and Tanovich, "[o]nce an accused has clearly stated he wishes to remain silent, the police cannot act as if there has been a waiver" (R. J. Delisle, D. Stuart and D. M. Tanovich, *Evidence: Principles and Problems* (8th ed. 2007), at p. 489).

95 In short, detainees who have asserted their right to silence are entitled to change their minds. As I have stated elsewhere, "[a]n initial refusal can later give way to a crisis of conscience, to an 'unconscious compulsion to confess' — or, simply, to a genuine change of heart": *R. v. Timm* (1998), 131 C.C.C. (3d) 306 (Que. C.A.), at para. 145. But they cannot be compelled to do so by the persistent disregard of that choice. As mentioned earlier, that is what happened here.

96 Finally, even in the absence of the required evidentiary foundation, I am prepared for present purposes to recognize that the work of the police would be made easier (and less challenging) if police interrogators were permitted to undermine the constitutionally protected rights of detainees, including the right to counsel and the right to silence — either by pressing detainees to waive them, or by "unfairly frustrat[ing]" their exercise (*Hebert*, at

a paralysé des enquêtes criminelles aux États-Unis. De plus, rien dans la preuve n'indique qu'il le ferait au Canada.

Quoi qu'il en soit, le succès du présent pourvoi ne dépend pas de l'importation de la règle de l'arrêt *Miranda* au Canada. De plus, je tiens à préciser que je ne veux pas que l'on croie à tort que j'insinue que l'arrêt *Miranda* s'applique actuellement au Canada ou qu'il devrait s'y appliquer. Dans notre pays, le droit de garder le silence, une fois invoqué, ne fait pas obstacle à l'admissibilité de quelque déclaration subséquente qu'un détenu ou un prisonnier a faite avant son procès. De plus, rien n'oblige un interrogateur à obtenir du détenu une renonciation écrite à l'exercice de son droit, comme ce devrait être le cas selon l'appelant. En revanche, pour reprendre les propos des professeurs Delisle, Stuart et Tanovich, [TRADUCTION] « [u]ne fois que l'accusé a clairement affirmé qu'il souhaite garder le silence, la police ne peut pas agir comme s'il avait renoncé à exercer ce droit » (R. J. Delisle, D. Stuart et D. M. Tanovich, *Evidence : Principles and Problems* (8e éd. 2007), p. 489).

Bref, les détenus qui ont invoqué leur droit de garder le silence ont le droit de changer d'avis. Comme je l'ai affirmé à une autre occasion, [TRADUCTION] « [u]n refus initial peut être suivi d'une crise de conscience, d'une "impulsion inconsciente à passer aux aveux" — ou, simplement, d'un changement d'avis sincère » : *Timm c. La Reine*, [1998] R.J.Q. 3000 (C.A.), p. 3021. Cependant, on ne peut pas les contraindre à changer d'avis en persistant à faire fi de leur choix. Comme je l'ai déjà mentionné, c'est ce qui s'est produit en l'espèce.

Finalement, même en l'absence de la preuve à l'appui requise, je suis disposé à reconnaître, pour les besoins de la présente affaire, que le travail de la police serait facilité (et moins éprouvant) si les policiers qui effectuent un interrogatoire pouvaient compromettre les droits constitutionnellement protégés des détenus, y compris le droit à l'assistance d'un avocat et celui de garder le silence — soit en les pressant d'y renoncer, soit en les « empêch[ant]

p. 186). More draconian initiatives might prove more effective still.

Nonetheless and without hesitation, I much prefer a system of justice that permits the effective exercise by detainees of the constitutional and procedural rights guaranteed to them by the law of the land. The right to silence, like the right to counsel, is in my view a constitutional promise that must be kept.

VII

The police conduct in issue here "was not done in execution of or by necessary implication from a statutory or regulatory duty, and it was not the result of application of a common law rule" (*Hebert*, at p. 187). Therefore the violation of s. 7 was not "prescribed by law" and cannot be saved by s. 1.

I am satisfied that Mr. Singh's admission should have been excluded in accordance with s. 24(2) of the *Charter*. His right to silence under s. 7 was violated and he was conscripted to provide evidence against himself. The use of this evidence rendered the trial unfair, "for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination": *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 284. There is no claim that this admission could have been obtained through alternative, non-conscriptive means: see *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 119. Moreover, it is apparent from my reasons that I consider the breach in this case to be serious. Were it necessary to do so, I would reiterate here my earlier comments in that regard.

VIII

For all of these reasons, as stated at the outset, I would exclude Mr. Singh's statements, allow the appeal, and order a new trial.

de façon inéquitable » de les exercer (*Hebert*, p. 186). Des mesures plus draconiennes pourraient se révéler plus efficaces encore.

97 Pourtant, je préfère de loin, sans hésitation, un système de justice qui permet aux détenus d'exercer efficacement les droits constitutionnels et procéduraux qui leur sont garantis par la loi du pays. Le droit de garder le silence, comme celui de recourir à l'assistance d'un avocat, constitue à mon avis une promesse constitutionnelle qui doit être tenue.

VII

98 Le comportement des policiers qui est en cause dans la présente affaire « ne résulte ni ne découle nécessairement de l'exécution d'une obligation prévue par la loi ou un règlement et ne résulte pas non plus de l'application d'une règle de common law » (*Hebert*, p. 187). Par conséquent, la violation de l'art. 7 n'était pas « prescrite par une règle de droit » et ne peut pas être justifiée par l'article premier.

99 Je suis persuadé que l'aveu de M. Singh aurait dû être écarté en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le droit de garder le silence que lui garantit l'art. 7 a été violé et il a été forcé de fournir un élément de preuve contre lui-même. « Puisque ce[t] élémen[t] de preuve n'existai[t] pas avant la violation », son utilisation a rendu le procès inéquitable « et constitu[ait] une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même » : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 284. On ne prétend pas que cet aveu aurait pu être obtenu par un autre moyen non fondé sur la mobilisation du détenu contre lui-même : voir *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 119. De plus, il ressort de mes motifs que je considère que la violation commise en l'espèce est grave. S'il était nécessaire de le faire, je réitérerais ici les remarques que j'ai déjà formulées à cet égard.

VIII

100 Pour tous ces motifs et comme je l'ai dit au départ, j'écarterais les déclarations de M. Singh, j'accueillerais le pourvoi et j'ordonnerais un nouveau procès.

Appeal dismissed, BINNIE, LEBEL, FISH *and* ABELLA JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Gil D. McKinnon, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Fleming, Breen, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.

Pourvoi rejeté, les juges BINNIE, LEBEL, FISH *et* ABELLA *sont dissidents.*

Procureur de l'appelant : Gil D. McKinnon, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Fleming, Breen, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.

Marco Trotta and Anisa Trotta *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* TROTTA

Neutral citation: 2007 SCC 49.

File No.: 30987.

2007: October 12; 2007: November 8.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Verdicts — Accused convicted of several offences — Fresh expert evidence available after convictions upheld on appeal discrediting Crown witnesses — Whether verdicts would necessarily have been the same — Whether manslaughter conviction should be substituted for conviction for murder — Whether accused should be acquitted of murder and criminal negligence causing death.

The accused, M and A, were convicted of offences committed against their infant son. M was convicted of second degree murder, aggravated assault and assault causing bodily harm; A, of criminal negligence causing death and failure to provide the necessaries of life. The Court of Appeal upheld their convictions. Following the appeal, expert opinions by P and another expert became available. This fresh evidence adduced before this Court discredits evidence given by S, an expert called by the Crown, and renders unreliable evidence given by C, a Crown witness.

Held: The appeals should be allowed.

The convictions of the accused should be set aside and a new trial ordered with respect to the offences of which M and A were convicted. S's evidence, which is now conceded to be unreliable, was central to the

Marco Trotta et Anisa Trotta *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* TROTTA

Référence neutre : 2007 CSC 49.

N° du greffe : 30987.

2007 : 12 octobre; 2007 : 8 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Droit criminel — Procès — Verdicts — Accusés déclarés coupables de plusieurs infractions — Nouveaux témoignages d'experts disponibles après la confirmation en appel des déclarations de culpabilité qui discréditent les témoins à charge — Les verdicts auraient-ils été nécessairement les mêmes? — Faudrait-il remplacer la déclaration de culpabilité pour meurtre par une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable? — Les accusés devraient-ils être acquittés des accusations de meurtre et de négligence criminelle entraînant la mort?

Les accusés, M et A, ont été déclarés coupables d'infractions commises contre leur fils en bas âge. M a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, de voies de fait graves et de voies de fait causant des lésions corporelles; A, de négligence criminelle entraînant la mort et de manquement à l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence. La Cour d'appel a confirmé leurs déclarations de culpabilité. Après l'appel, les témoignages de deux experts, P et une autre personne, sont devenus disponibles. Ces éléments de preuve nouvelle présentés devant notre Cour discréditent le témoignage de S, l'expert cité par le ministère public, et la déposition de C, témoin à charge, devient de ce fait non fiable.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis.

Les déclarations de culpabilité des accusés sont annulées et un nouveau procès est ordonné à l'égard des infractions dont M et A ont été déclarés coupables. Le témoignage de S, qui est maintenant reconnu comme non

Crown's case. S's evidence may have influenced the jury's conclusion on both the causation and intent elements of the murder charge. It would therefore be inappropriate to substitute a conviction for manslaughter for M's conviction for murder. Acquittals on the counts of murder and criminal negligence causing death would also not be appropriate because it cannot be said that a properly instructed jury, acting reasonably, could not find the accused guilty of the homicide-related offences based on the remaining evidence. Lastly, although the fresh evidence relates mainly to the convictions for murder and criminal negligence causing death, it nonetheless bears as well, albeit to a lesser degree, on the other counts, and it would be speculative and unsafe to conclude that any of the verdicts would necessarily have been the same but for S's evidence. To attempt at this stage to insulate the effect of S's evidence on one count from its possible effect on the others would amount to an unwarranted exercise in appellate speculation. [5-7] [13-14]

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Sharpe and Simmons JJ.A.) (2004), 191 O.A.C. 322, 190 C.C.C. (3d) 199, [2004] O.J. No. 4366 (QL), affirming the convictions of the accused. Appeals allowed.

Michael Lomer, for the appellant Marco Trotta.

James Lockyer, for the appellant Anisa Trotta.

Lucy Cecchetto, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

1 Marco Trotta and his wife Anisa Trotta stand convicted of culpable homicide and other offences, all concerning the short life and tragic death of their infant son Paolo.

2 At the conclusion of their joint trial before judge and jury, Marco Trotta was found guilty of second

fiable, a joué un rôle primordial dans la thèse du ministère public. Il aurait bien pu influer sur la conclusion du jury concernant les deux éléments de l'accusation de meurtre, à savoir le lien de causalité et l'intention. Il ne convient donc pas de remplacer la déclaration de culpabilité de M pour meurtre par une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable. Il ne convient pas non plus de prononcer l'acquittement relativement aux chefs d'accusation de meurtre et de négligence criminelle entraînant la mort, car on ne saurait dire qu'un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement ne pourrait pas, en se fondant sur les autres éléments de preuve, déclarer les accusés coupables des infractions relatives à l'homicide. Enfin, même si la preuve nouvelle porte principalement sur les déclarations de culpabilité pour meurtre et négligence criminelle entraînant la mort, elle influe également, quoique dans une moindre mesure, sur les autres chefs d'accusation, et il serait spéculatif et dangereux de conclure que le verdict concernant n'importe laquelle des accusations aurait été nécessairement le même sans le témoignage de S. Essayer à ce stade-ci d'isoler l'effet du témoignage de S sur un chef d'accusation de l'effet qu'il pourrait avoir eu sur les autres chefs équivaudrait à se livrer de façon injustifiée à des conjectures en appel. [5-7] [13-14]

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Sharpe et Simmons) (2004), 191 O.A.C. 322, 190 C.C.C. (3d) 199, [2004] O.J. No. 4366 (QL), qui a confirmé les déclarations de culpabilité des accusés. Pourvois accueillis.

Michael Lomer, pour l'appelant Marco Trotta.

James Lockyer, pour l'appelante Anisa Trotta.

Lucy Cecchetto, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

Marco Trotta et sa femme Anisa Trotta ont été condamnés pour homicide coupable et d'autres infractions, toutes concernant la courte vie et la mort tragique de leur fils en bas âge Paolo.

À la fin de leur procès conjoint devant juge et jury, Marco Trotta a été déclaré coupable de

degree murder, aggravated assault and assault causing bodily harm; Anisa Trotta, of criminal negligence causing death and failure to provide the necessaries of life. Their convictions were upheld by the Court of Appeal for Ontario ((2004), 191 O.A.C. 322).

The outcome of their present appeals to this Court depends on fresh evidence available neither at the time of trial nor when their convictions were upheld by the Court of Appeal. We have concluded that a new trial must be had on all counts. It would therefore be inappropriate to say more about either the fresh evidence or the evidence at trial than is necessary to explain our decision.

II

Essentially, the fresh evidence — mainly the expert opinions of Dr. Michael Pollanen and Dr. Simon Avis — discredits the evidence given at trial by Dr. Charles Smith, an expert called by the Crown. And the evidence of a second Crown witness at trial, Dr. David Chan, has been rendered unreliable as a result.

It is conceded by the Crown that the fresh evidence should be admitted and that Marco Trotta's conviction on the murder charge cannot stand. With respect to that count, however, the Crown urges us to substitute a conviction for manslaughter instead of ordering a new trial. The Crown contends that the impugned evidence of Dr. Smith could have affected the jury's finding on the fault element, or *mens rea*, that distinguishes murder from manslaughter, but not on the *actus reus*, or element of causation common to both offences. We do not find this submission persuasive. On the contrary, we believe that the evidence of Dr. Smith may well have influenced the jury's conclusion on *both* essential elements of the murder charge — that Mr. Trotta *caused Paolo's death* and that he did so intentionally.

meurtre au deuxième degré, de voies de fait graves et de voies de fait causant des lésions corporelles; Anisa Trotta, de négligence criminelle entraînant la mort et de manquement à l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé leurs déclarations de culpabilité ((2004), 191 O.A.C. 322).

3 L'issue des présents pourvois dépend des éléments de preuve nouveaux qui n'étaient pas disponibles au procès ni lorsque la Cour d'appel a confirmé leurs déclarations de culpabilité. Nous avons conclu qu'un nouveau procès s'impose pour tous les chefs d'accusation. Il ne conviendrait donc pas que nous disions sur la preuve nouvelle ou la preuve disponible au procès plus que ce qui est nécessaire pour expliquer notre décision.

II

4 Essentiellement, les éléments de preuve nouveaux — principalement les témoignages de deux experts, le D[r] Michael Pollanen et le D[r] Simon Avis — discréditent la preuve présentée au procès par le D[r] Charles Smith, l'expert cité par le ministère public. Et la déposition du second témoin à charge, le D[r] David Chan, devient de ce fait non fiable.

5 Le ministère public a concédé que les éléments de preuve nouveaux devraient être admis et que la déclaration de culpabilité prononcée contre Marco Trotta relativement à l'accusation de meurtre ne saurait être maintenue. Pour ce qui est de ce chef d'accusation, toutefois, il nous demande avec insistance de substituer à cet égard une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable au lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. À son avis, le témoignage contesté du D[r] Smith aurait pu influer sur la conclusion du jury concernant l'élément de faute, ou *mens rea*, qui distingue le meurtre de l'homicide involontaire coupable, mais non sa conclusion sur l'*actus reus*, ou élément de causalité commun aux deux infractions. Ce n'est pas, à notre avis, un argument convaincant. Nous croyons, au contraire, que le témoignage du D[r] Smith aurait bien pu influer sur la conclusion du jury concernant les *deux* éléments essentiels de l'accusation de meurtre : M. Trotta *a causé la mort de Paolo* et il l'a fait *intentionnellement.*

6 In the Crown's view, moreover, the fresh evidence has no bearing on any of the other convictions of either appellant. We are therefore urged by the Crown to dismiss the appeals in respect of those convictions. As we shall presently see, this submission fails as well. We recognize that the fresh evidence adduced in this Court relates mainly to the appellants' convictions for murder and criminal negligence causing death. It nonetheless bears as well, albeit to a lesser degree, on the other counts.

7 Both appellants, on the other hand, seek acquittals on the counts of murder and criminal negligence causing death, and urge us to order a new trial only on the remaining counts. We are satisfied that acquittals would at this stage be inappropriate, since we are not prepared to say that there remains no evidence upon which a properly instructed jury, acting reasonably, could find the appellants guilty of the homicide-related offences of which they were convicted at trial.

III

8 It was the position of the Crown at trial that Marco Trotta repeatedly assaulted Paolo from shortly after his birth in September 1992 until his death in late May 1993, and that Paolo's death resulted from a final assault sometime shortly before he died. In his charge to the jury, the trial judge summarized the Crown's position this way:

> Only by that evidence led at this trial which you accept does the Crown seek to prove to you beyond a reasonable doubt that Marco Trotta engaged in a pattern of abuse, a mode of assaultive behaviour towards his infant son for the duration of that short life and not only did his violent actions endanger the life of Paolo by such aggravated assaultive behaviour as in count two, and actually cause bodily harm to him by the continuing assaults, count three, but they escalate[d] to such a degree after

Le ministère public estime aussi que la preuve nouvelle n'a aucune incidence sur les autres déclarations de culpabilité de l'un ou l'autre appelant. Il nous a donc exhortés à rejeter les pourvois formés contre ces déclarations de culpabilité. Comme nous allons maintenant le constater, cet argument ne saurait être retenu non plus. Certes, la preuve nouvelle produite devant la Cour porte principalement sur les déclarations de culpabilité des appelants pour meurtre et négligence criminelle entraînant la mort, mais elle influe également, quoique dans une moindre mesure, sur les autres chefs d'accusation.

Les deux appelants, par contre, demandent l'acquittement relativement aux chefs d'accusation de meurtre et de négligence criminelle entraînant la mort et nous exhortent à ordonner un nouveau procès uniquement à l'égard des autres chefs d'accusation. Nous estimons qu'il ne convient pas à ce stade-ci de prononcer l'acquittement, car nous ne sommes pas prêts à dire qu'il ne reste aucune preuve permettant à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de déclarer les appelants coupables des infractions relatives à l'homicide pour lesquelles ils ont été condamnés au procès.

III

Selon la position du ministère public au procès, Marco Trotta a agressé Paolo à de nombreuses reprises peu après sa naissance en septembre 1992 jusqu'à sa mort à la fin de mai 1993, et la mort de Paolo résultait de la dernière agression commise peu de temps auparavant. Dans ses directives au jury, le juge du procès a ainsi résumé la position du ministère public :

> [TRADUCTION] Seulement sur la foi de cette preuve produite au procès, que vous acceptez, le ministère public cherche à vous prouver hors de tout doute raisonnable que Marco Trotta se comportait constamment de façon violente, avait un comportement agressif envers son fils en bas âge pendant la durée de cette courte vie et que ses actions violentes non seulement mettaient en danger la vie de Paolo en raison du comportement agressif grave, le deuxième chef d'accusation, et en fait lui ont

May 6th, 1993, that they culminated in his murder by May 29th, 1993, and that is count one.

causé des lésions corporelles à cause des manifestations continues de violence, le troisième chef d'accusation, mais aussi qu'elles avaient pris de telles proportions après le 6 mai 1993 qu'elles se sont terminées par le meurtre de l'enfant le 29 mai 1993, le premier chef d'accusation.

Moreover, in considering the reasonableness of the jury's verdict on the murder count, the Court of Appeal expressly noted the potential link between the evidence of lifetime abuse and the death of Paolo, and concluded (at para. 31): 9

De plus, dans l'examen du caractère raisonnable du verdict du jury concernant l'accusation de meurtre, la Cour d'appel a expressément noté le lien potentiel entre la preuve de sévices qui durent toute une vie et la mort de Paolo, et a conclu (par. 31) :

There was cogent, if not overwhelming, evidence that Paolo was a battered child and that Marco was his abuser. On the evidence, the jury could find that the physical abuse escalated during Paolo's life and continued until very shortly before Paolo's death. There was evidence that Paolo's death was not the result of any disease process, natural causes (e.g. SIDS [Sudden Infant Death Syndrome]) or accidental trauma. Dr. Smith's evidence indicated that his death was consistent with head trauma and/or asphyxia, both of which could occur as a result of an assault. On the totality of this evidence, a reasonable jury could conclude that the pattern of abuse of Paolo by Marco culminated in Paolo's death at the hands of Marco. This finding was available even if the jury could not decide the exact nature of the final assault. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Des éléments de preuve convaincants, voire accablants, ont établi que Paolo était un enfant battu et que son agresseur était Marco. La preuve a permis au jury de conclure que les sévices physiques se sont intensifiés au cours de la vie de Paolo et se sont poursuivis jusqu'à très peu de temps avant sa mort. Selon la preuve, la mort de Paolo ne résultait pas d'une maladie quelconque, de causes naturelles (p. ex. SMSN [syndrome de mort subite du nourrisson]) ou d'un trauma accidentel. Selon le témoignage du D^r^ Smith, sa mort est causée par un trauma à la tête et/ou par asphyxie, ce qui dans les deux cas pouvait résulter d'une agression. D'après l'ensemble de la preuve, un jury raisonnable pourrait conclure que le cycle de violence que Marco faisait subir à Paolo a abouti à la mort de celui-ci entre les mains de Marco. Cette constatation était disponible, même si le jury ne pouvait pas déterminer la nature exacte de la dernière agression. [Je souligne.]

Again, in the words of the Court of Appeal (at para. 84): 10

Encore une fois, pour reprendre les propos de la Cour d'appel :

The Crown relied on [Dr. Smith's] evidence to eliminate certain possibilities (e.g. disease and SIDS) and to point to the most likely possibilities, head trauma and/or asphyxiation. The Crown contended that when Dr. Smith's evidence was put with the rest of the evidence of ongoing abuse, the resulting "big picture" left no doubt that Paolo died at the hands of his father. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Le ministère public s'est fondé sur le témoignage [du D^r^ Smith] pour éliminer certaines possibilités (p. ex. maladie et SMSN) et pour souligner les possibilités les plus vraisemblables, trauma à la tête et/ou asphyxie. Selon lui, si le témoignage du D^r^ Smith est mis avec le reste de la preuve des perpétuels sévices, le tableau général qui en résultait montrait hors de tout doute que Paolo est mort entre les mains de son père. [Je souligne; par. 84.]

The Court of Appeal identified certain errors committed by the trial judge in his conduct of the trial and in his charge to the jury. He was found to have erred in admitting some of the evidence concerning Marco Trotta's demeanour. The judge's instruction on causation was described as "unfocussed" and he was found to have made an 11

La Cour d'appel a relevé certaines erreurs que le juge du procès avait commises dans le déroulement du procès et dans ses directives au jury. Elle a conclu qu'il avait fait erreur en admettant certains éléments de preuve concernant le comportement de Marco Trotta. Elle a jugé que les directives du juge sur le lien de causalité étaient « diffuses » et qu'il

"inappropriate" remark in his charge to the jury (paras. 58 and 81). Finally, with respect to a factual error made by the trial judge, the Court of Appeal stated (at para. 91):

> The factual error made by the trial judge in his review of Dr. Smith's evidence was significant. The error related to an important part of the evidence given by an important witness. The trial judge also repeated the error on one other occasion in the course of his instructions.

The Court of Appeal was nonetheless satisfied that none of these errors could have affected either the fairness or the outcome of the trial.

12 As mentioned at the outset, however, neither the trial judge nor the Court of Appeal had the benefit of the fresh evidence adduced in this Court. That evidence places in a fresh light the trial judge's unfortunate errors and the conclusion of the Court of Appeal as to their effect on the outcome of the trial.

IV

13 In deciding that a new trial must be had on all the counts, we bear in mind particularly:

(1) the central importance of Dr. Smith's evidence to the Crown's case at trial;

(2) the Crown's position throughout the trial as to the relationship between the charges;

(3) that the factual error made by the trial judge in his review of Dr. Smith's evidence was found by the Court of Appeal to be significant, and later repeated;

(4) that Dr. Smith's evidence is now conceded to be unreliable;

(5) that the Court of Appeal identified several errors made at trial that related not only to the homicide charges, but to the other counts as well;

(6) the fact that the Crown chose to proceed on all the counts against both accused at a single trial

avait fait un commentaire « déplacé » dans ses directives au jury (par. 58 et 81). Enfin, quant à son erreur de fait, la Cour d'appel a affirmé :

> [TRADUCTION] Dans son examen du témoignage du D[r] Smith, le juge du procès a commis une grave erreur de fait. L'erreur portait sur une partie importante de la déposition d'un témoin important. Le juge du procès a aussi commis la même erreur à une autre occasion dans ses directives. [par. 91]

La Cour d'appel était toutefois convaincue qu'aucune de ces erreurs n'aurait pu influer sur l'équité du procès ou son issue.

Toutefois, comme je l'ai mentionné au tout début, ni le juge du procès ni la Cour d'appel n'avaient pu bénéficier des éléments de preuve nouveaux dont dispose la Cour. Ceux-ci jettent un nouvel éclairage sur les regrettables erreurs du juge du procès et la conclusion de la Cour d'appel quant à leur effet sur l'issue du procès.

IV

En décidant qu'un nouveau procès s'impose à l'égard de tous les chefs d'accusation, nous tenons particulièrement compte des éléments suivants :

(1) l'importance capitale du témoignage du D[r] Smith pour la thèse du ministère public au procès;

(2) la position du ministère public tout au long du procès quant au lien entre les chefs d'accusation;

(3) l'erreur de fait que le juge du procès a commise dans son examen du témoignage du D[r] Smith est considérée comme importante par la Cour d'appel et elle s'est reproduite plus tard;

(4) il est maintenant reconnu que le témoignage du D[r] Smith n'est pas fiable;

(5) la Cour d'appel a relevé plusieurs erreurs commises au procès qui portaient non seulement sur les accusations d'homicide, mais aussi sur les autres accusations;

(6) le fait que le ministère public a choisi de réunir dans un même procès tous les chefs d'accusation

— and alleged, moreover, that *all five offences had occurred within an overlapping time frame*;

(7) that Dr. Smith testified not only as to the cause of Paolo's death — the basis of the homicide charges — but also as to Paolo's previous injuries, the basis of the other counts;

(8) that it is impossible to determine what effect Dr. Smith's evidence (and that of Dr. Chan) had on the jury's evaluation of the Trottas' credibility with respect to their out of court explanations as to those injuries;

(9) the fact that these explanations were put into evidence by the Crown *as part of its case against the appellants*; and

(10) that, understandably, the trial judge did not instruct the jury to limit its consideration of the evidence of Dr. Smith and Dr. Chan to the homicide counts.

In this light, we think it neither safe nor sound to conclude that the verdicts on any of the charges would necessarily have been the same but for Dr. Smith's successfully impugned evidence. To attempt at this stage to insulate the effect of Dr. Smith's evidence on one count from its possible effect on the others would amount to an unwarranted exercise in appellate speculation.

Plainly, then, if a new trial must be had, as we think it must, the preferable course is to order an untainted trial on all counts.

V

For all of these reasons, both appeals are allowed, the appellants' convictions are set aside, and a new trial is ordered with respect to the offences of which they were convicted.

contre les deux accusés — et a soutenu, de surcroît, que les *cinq infractions se recoupaient dans le temps*;

(7) le D^r^ Smith a témoigné non seulement au sujet de la cause de la mort de Paolo — fondement des accusations d'homicide — mais aussi à propos de ses blessures antérieures, fondement des autres accusations;

(8) il est impossible de déterminer l'effet que le témoignage du D^r^ Smith (et celui du D^r^ Chan) avaient sur l'évaluation de la crédibilité des Trotta par le jury quant aux explications qu'ils ont données hors cour au sujet de ces blessures;

(9) le fait que le ministère public a présenté ces explications *comme faisant partie de sa preuve contre les appelants*;

(10) le juge du procès n'a naturellement pas donné comme instruction au jury de limiter son examen des témoignages du D^r^ Smith et du D^r^ Chan aux accusations d'homicide.

14 Dans cette optique, nous ne jugeons ni prudent ni opportun de conclure que le verdict concernant n'importe laquelle des accusations aurait été nécessairement le même sans le témoignage contesté avec succès du D^r^ Smith. Essayer à ce stade-ci d'isoler l'effet du témoignage du D^r^ Smith sur un chef d'accusation de l'effet qu'il pourrait avoir eu sur les autres chefs équivaudrait à se livrer de façon injustifiée à des conjectures en appel.

15 Par conséquent, si un nouveau procès s'impose, comme nous estimons que c'est le cas en l'espèce, il est clairement préférable d'ordonner, à l'égard de tous les chefs d'accusation, un nouveau procès qui ne soit pas susceptible d'être contaminé.

V

16 Pour tous ces motifs, nous sommes d'avis d'accueillir les deux pourvois, d'annuler les déclarations de culpabilité des appelants et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour les infractions dont ils ont été déclarés coupables.

17 Having reached that conclusion for the reasons given, we find it is unnecessary to consider the issue of post-conviction disclosure raised by the appellants. That issue has become entirely moot and should therefore be left for another day.

Appeals allowed.

Solicitors for the appellant Marco Trotta: Lomer, Frost, Toronto.

Solicitors for the appellant Anisa Trotta: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

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

Ayant conclu ainsi, pour les motifs exposés ci-dessus, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner la question de la communication de preuve postérieure à la déclaration de culpabilité soulevée par les appelants. Cette question est maintenant devenue théorique et devrait donc être tranchée à une autre occasion.

Pourvois accueillis.

Procureurs de l'appelant Marco Trotta : Lomer, Frost, Toronto.

Procureurs de l'appelante Anisa Trotta : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
http://publication.gc.ca

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
http://publication.gc.ca



Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 2007 Vol. 3

and Tables

Cited as [2007] 3 S.C.R. { i-liii, 461-700

3e cahier, 2007 Vol. 3

et Tables

Renvoi [2007] 3 R.C.S. { i-liii, 461-700

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

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	RENÉE MARIA TREMBLAY
KAREN LEVASSEUR	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH	JACQUES GAGNÉ	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI	MARIE RODRIGUE	CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET	PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE GROULX	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

CONTENTS

Title Page i

List of Judges ii

Errata iv

Motions v

Table of Judgments xvii

Table of Cases Cited xxi

Statutes and Regulations Cited xliii

Authors Cited xlvii

Index 693

ABB Inc. *v.* Domtar Inc. 461

Sale — Latent defect — Limitation of liability — Damages — Purchase of recovery boiler by paper manufacturer — Leaks and cracks in boiler's superheater caused by tie welds connecting its tubes together — Superheater repaired but subsequently replaced by paper manufacturer with product supplied by another boiler manufacturer — Action in damages for latent defects and for breach of duty to inform buyer — Whether conditions for existence of latent defect are met — Whether clause limiting seller's liability is applicable where seller knew or is presumed to have known about latent defect — Whether seller breached its duty to inform or buyer its duty to inquire — Whether buyer is entitled to be reimbursed for losses sustained with respect to repairs and to recover costs incurred to replace superheater — Whether insurer was subrogated to buyer's rights in respect of payment made to buyer, and whether damages awarded to buyer should be reduced proportionally to that payment — Civil Code of Lower Canada, art. 1527.

Sale — Duty to inform — Latent defect — Inclusion of seller's duty to inform in warranty against latent defects.

Bruker *v.* Marcovitz 607

Contracts — Validity — Breach — Agreement with religious aspect — Husband refusing to provide wife with Jewish religious divorce after civil divorce despite agreement to do so — Action in damages against husband for breach of contract — Whether matter justiciable — Whether agreement satisfies all requirements to make it valid and binding under Quebec law — Whether husband can rely on freedom of religion to avoid legal consequences of failing to comply with agreement — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1373, 1385, 1412, 1413 — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1.

Human rights — Freedom of conscience and religion — Agreement with religious aspect — Jewish religious divorce or "get" — Husband refusing to provide wife with Jewish

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i

Liste des juges iii

Errata iv

Requêtes v

Table des jugements xix

Table de la jurisprudence xxxi

Lois et règlements cités xlv

Doctrine citée xlvii

Index 697

ABB Inc. *c.* Domtar Inc. 461

Vente — Vice caché — Limitation de responsabilité — Dommages-intérêts — Achat par une papetière d'une chaudière de récupération — Fuites et fissurations du surchauffeur de la chaudière causées par les attaches rigides de ses tubes — Surchauffeur réparé mais par la suite remplacé par la papetière par un produit fourni par un autre fabricant — Poursuite en dommages-intérêts pour vices cachés et pour manquement à l'obligation de renseigner l'acheteur — Les conditions d'existence d'un vice caché sont-elles réunies? — Une clause de limitation de la responsabilité du vendeur a-t-elle un effet dans le cas où celui-ci connaissait ou était présumé connaître le vice caché? — Le vendeur ou l'acheteur ont-ils manqué à leurs obligations respectives de renseigner ou de se renseigner? — L'acheteur a-t-il le droit d'être remboursé des pertes subies lors des réparations et des dépenses engagées pour remplacer le surchauffeur? — L'assureur a-t-il été subrogé dans les droits de l'acheteur à l'égard du paiement qu'il lui a versé et les dommages-intérêts accordés à l'acheteur doivent-ils être réduits dans cette proportion? — Code civil du Bas Canada, art. 1527.

Vente — Obligation de renseignement — Vice caché — Inclusion de l'obligation de renseignement du vendeur dans la garantie contre les vices cachés.

Bruker *c.* Marcovitz 607

Contrats — Validité — Violation — Entente comportant un aspect religieux — Refus de l'époux d'accorder à l'épouse le divorce religieux juif après le divorce civil malgré son engagement à l'accorder — Action en dommages-intérêts contre l'époux pour violation de l'entente — La question est-elle justiciable? — Les conditions pour que l'entente soit valide et exécutoire en droit québécois sont-elles respectées? — L'époux peut-il invoquer la liberté de religion pour se soustraire aux conséquences juridiques de son refus de se conformer à l'entente? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1373, 1385, 1412, 1413 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 9.1.

Suite à la page suivante

religious divorce after civil divorce despite agreement to do so — Action in damages against husband for breach of contract — Whether husband entitled to immunity from damages for his breach of contract by invoking freedom of religion — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1.

Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. *v.* Jacyk..... 679

Contracts — Enforcement — Breach — Parties to joint venture agreement not abiding by its terms — Whether agreement terminated — Whether agreement still enforceable — Whether agreement breached — Whether agreement required repayment of defaulting party's initial investment in joint venture.

R. *v.* Daley..... 523

Criminal law — Charge to jury — Defence of intoxication — Accused convicted of second degree murder — Whether trial judge's charge on defence of intoxication adequate — Whether trial judge's one-step charge on actual intent only appropriate — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 229(a)(ii).

Criminal law — Charge to jury — Expert testimony — Accused testifying having no memory of what happened at time of murder due to consumption of alcohol — Expert testifying about effect of alcohol on judgment, evaluation of appropriateness and memory — Whether trial judge should have interpreted expert evidence for jury.

Criminal law — Charge to jury — Credibility — Accused testifying having no memory of what happened at time of murder due to consumption of alcohol — Whether trial judge should have linked requirement for proof beyond a reasonable doubt to issue of accused's credibility in charge to jury.

R. *v.* Grover..... 510

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Accused convicted of attempting to obstruct justice by attempting to alter and falsify testing and maintenance records for smoke alarms following fire — Court of Appeal setting aside conviction on finding that accused's conduct after fire capable of more than one explanation — Not open to Court of Appeal to acquit accused on basis of speculation about possible explanation of his conduct after fire that was contradicted by his own testimony — Accused's conviction restored — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 139(2), 686(1)(a)(i).

R. *v.* Jackson..... 514

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Accused convicted of illegal production of marijuana — Whether verdict unreasonable — Whether accused

Continued on next page

Droits de la personne — Liberté de conscience et de religion — Entente comportant un aspect religieux — Divorce religieux juif ou « get » — Refus de l'époux d'accorder à l'épouse le divorce religieux juif après le divorce civil malgré son engagement à l'accorder — Action en dommages-intérêts contre l'époux pour violation de contrat — L'époux peut-il se soustraire à l'obligation de payer des dommages-intérêts pour sa violation du contrat en invoquant la liberté de religion? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 9.1.

Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. *c.* Jacyk..... 679

Contrats — Mise à exécution — Violation — Parties à un accord de coentreprise ne se conformant pas à ses dispositions — L'accord a-t-il été résilié? — L'accord peut-il encore être mis à exécution? — Y a-t-il eu violation de l'accord? — L'accord prescrivait-il le remboursement à la partie défaillante de son investissement initial dans la coentreprise?

R. *c.* Daley..... 523

Droit criminel — Exposé au jury — Défense d'intoxication — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Le juge du procès a-t-il donné des directives adéquates sur la défense d'intoxication? — La directive en un temps ne portant que sur l'intention véritable donnée par le juge du procès était-elle appropriée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 229a)(ii).

Droit criminel — Exposé au jury — Témoignage d'expert — Accusé témoignant n'avoir aucun souvenir de ce qui s'est passé au moment du meurtre en raison de sa consommation d'alcool — Expert témoignant au sujet de l'effet de l'alcool sur le jugement, l'évaluation de l'acceptabilité et la mémoire — Le juge du procès aurait-il dû interpréter le témoignage d'expert à l'intention du jury?

Droit criminel — Exposé au jury — Crédibilité — Accusé témoignant n'avoir aucun souvenir de ce qui s'est passé au moment du meurtre en raison de sa consommation d'alcool — Le juge du procès aurait-il dû faire le lien entre le doute raisonnable et la crédibilité de l'accusé dans son exposé au jury?

R. *c.* Grover..... 510

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Accusé déclaré coupable de tentative d'entrave à la justice pour avoir tenté de modifier et de falsifier des documents concernant l'essai et l'entretien des détecteurs de fumée après un incendie — Annulation par la Cour d'appel de la déclaration de culpabilité parce que la conduite de l'accusé après l'incendie pouvait s'expliquer de plus d'une façon — Cour d'appel ne pouvant acquitter l'accusé sur le fondement d'une simple hypothèse, que son témoignage a contredite — Déclaration de culpabilité de l'accusé rétablie — Code ciminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 139(2), 686(1)a)(i).

Suite à la page suivante

convicted solely because present at scene of crime — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. *c.* Jackson **514**

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Accusé inculpé de production illégale de marijuana — Le verdict est-il déraisonnable? — L'accusé a-t-il été déclaré coupable uniquement à cause de sa présence sur les lieux du crime? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a)(i).



2007 Volume 3

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

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	RENÉE MARIA TREMBLAY
KAREN LEVASSEUR	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH	JACQUES GAGNÉ	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI	MARIE RODRIGUE	CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET	PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE GROULX	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA © SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA
OTTAWA, 2007

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable LOUISE CHARRON

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

JUGES

DE LA

COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUIS LEBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable LOUISE CHARRON

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

ERRATA

[1993] 3 S.C.R., p. 74, line *b*-2 of the English version. Read "is made out" instead of "are made out".

[1999] 2 S.C.R., p. 999, line 14 of the list of Statutes and Regulations Cited in the English version. Read "68" instead of "67".

[1999] 2 S.C.R., p. 999, line 15 of the list of Statutes and Regulations Cited in the French version. Read "68" instead of "67".

[2000] 2 S.C.R., p. 26, para. 34, line 2 of the French version. Read "exempte" instead of "exempt".

[2001] 3 S.C.R., p. 571, para. 10, line 2 of the French version. Read "établir une" instead of "établir à une".

[2005] 3 S.C.R., p. 511, para. 29, line 8 of the French version. Read "juges d'instance" instead of "juges d'instances".

[1993] 3 R.C.S., p. 74, ligne *b*-2 de la version anglaise. Lire « is made out » au lieu de « are made out ».

[1999] 2 R.C.S., p. 999, ligne 14 de la liste des Lois et règlements cités de la version anglaise. Lire « 68 » au lieu de « 67 ».

[1999] 2 R.C.S., p. 999, ligne 15 de la liste des Lois et règlements cités de la version française. Lire « 68 » au lieu de « 67 ».

[2000] 2 R.C.S., p. 26, par. 34, ligne 2 de la version française. Lire « exempte » au lieu de « exempt ».

[2001] 3 R.C.S., p. 571, par. 10, ligne 2 de la version française. Lire « établir une » au lieu de « établir à une ».

[2005] 3 R.C.S., p. 511, par. 29, ligne 8 de la version française. Lire « juges d'instance » au lieu de « juges d'instances ».

MOTIONS — REQUÊTES

(July 16 to December 31, 2007 - 16 juillet au 31 décembre 2007)

377050 BC Ltd. dba the Inter-City Motel v. City of Burnaby, (B.C.), 32022, leave to appeal refused with costs, 27.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

826167 Alberta Inc. v. Imperial Oil Resources Limited, (Alta.), 32095, leave to appeal refused with costs, 4.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

A.C. v. Director of Child and Family Services, (Man.), 31955, leave to appeal granted, 25.10.07, autorisation d'appel accordée.

A.M. v. Chatham Kent Integrated Children's Services, (Ont.), 32197, leave to appeal refused, 15.11.07, autorisation d'appel refusée.

Air Canada Pilots Association v. Air Line Pilots Association, (F.C.), 32243, leave to appeal refused with costs, 29.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Alamgir v. Howlader, (Ont.), 31891, leave to appeal refused with costs, 27.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Alexander Street Lofts Development Corporation Inc. v. The Queen, (Ont.) (Crim.), (32162), leave to appeal refused, 6.12.07, autorisation d'appel refusée.

Allman c. Laplante, (Qué.), 32072, leave to appeal refused with costs, 20.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Amico Contracting & Engineering (1992) Inc. v. Consulate Ventures Inc., (Ont.), 32109, leave to appeal refused with costs, 25.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Anderson v. United States of America, (Ont.) (Crim.), 31932, leave to appeal refused, 30.8.07, autorisation d'appel refusée.

Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc., (F.C.), 32132, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Arpentech des Laurentides Inc. c. Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec, (Qué.), 31991, leave to appeal refused with costs, 20.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Assaf v. Koury, (Ont.), 31833, leave to appeal refused with costs against the respondent, 26.7.07, autorisation d'appel refusée avec dépens contre l'intimé.

Attorney General of British Columbia v. Burbank, (B.C.), 32097, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Attorney General of Canada v. Maple Trust Company, (B.C.) (Crim.), 32199, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Attorney General of Nova Scotia v. MacQueen, (N.S.), 32061, leave to appeal refused with costs, 25.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Attorney General of Nova Scotia v. MacQueen, (N.S.), 32061, leave to cross-appeal refused, 25.10.07, autorisation d'appel incident refusée.

Awaraji v. London Condominium Corporation No. 13, (Ont.), 32001, leave to appeal refused with costs, 23.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

B.M.P. Global Distribution Inc. v. Bank of Nova Scotia, (B.C.), 31930, leave to appeal granted with costs, 25.10.07, autorisation d'appel accordée avec dépens.

B.M.P. Global Distribution Inc. v. Bank of Nova Scotia, (B.C.), 31930, leave to cross-appeal refused, 25.10.07, autorisation d'appel incident refusée.

Bamdad v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 31914, leave to appeal refused, 23.8.07, autorisation d'appel refusée.

Banks v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31929, leave to appeal refused, 23.8.07, autorisation d'appel refusée.

Bari v. The Queen, (N.B.) (Crim.), 31806, leave to appeal refused, 25.10.07, autorisation d'appel refusée.

Barker v. Dervish, (Ont.), 32089, leave to appeal refused with costs, 4.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Barss v. 2440-0558 Quebec Inc., (Que.), 32165, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Baxter v. The Queen, (F.C.), 32114, leave to appeal refused with costs, 1.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Beaucicaut c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 31984, leave to appeal refused, 6.9.07, autorisation d'appel refusée.

Beeching v. Beeching, (Ont.), 31777, leave to appeal refused, 20.9.07, autorisation d'appel refusée.

Bell v. Computer Sciences Corporation, (Ont.), 32183, leave to appeal refused with costs, 6.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bell v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32139, leave to appeal refused, 1.11.07, autorisation d'appel refusée.

Benitez v. Minister of Citizenship and Immigration, (F.C.), 32180, leave to appeal refused with costs, 13.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bérubé c. Contant, (Qué.), 32006, leave to appeal refused with costs, 11.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bérubé c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32067, leave to appeal refused, 22.11.07, autorisation d'appel refusée.

Bittman v. Royal Bank of Canada, (Alta.), 32007, leave to appeal refused with costs, 16.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

BMW Canada Inc. v. Nissan Canada Inc., (F.C.), 32286, notice of discontinuance filed, 5.12.07, avis de désistement produit.

Boisaco Inc. c. Section locale 1229 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, (Qué.), 32128, leave to appeal refused with costs, 4.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Boyer c. Société des casinos du Québec Inc., (Qué.), 32136, leave to appeal refused, 25.10.07, autorisation d'appel refusée.

Brunton-Guérard c. Ministre de la Justice du Canada au nom des États-Unis d'Amérique, (Qué.) (Crim.), 32220, leave to appeal refused, 20.12.07, autorisation d'appel refusée.

Buchanan v. Superline Fuels Inc., (N.S.), 32207, leave to appeal refused with costs, 13.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Calgary Health Region v. Alberta Human Rights and Citizenship Commission, (Alta.), 32076, leave to appeal refused with costs, 25.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Canadian Broadcasting Corporation v. Canadian Media Guild, (B.C.), 32106, leave to appeal refused with costs, 4.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Canadian Broadcasting Corporation v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 32317, leave to appeal refused, 1.11.07, autorisation d'appel refusée.

Canadian National Railway Company v. Royal and Sun Alliance Insurance Company of Canada, (Ont.), 32062, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 25.10.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Canadian Turkey Marketing Agency v. Leth Farms Ltd., (F.C.), 31958, leave to appeal refused with costs, 16.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Caruana v. Republic of Italy, (Ont.) (Crim.), 32127, leave to appeal refused, 20.12.07, autorisation d'appel refusée.

Centre d'affaires des Galeries inc. c. Ville de Québec, (Qué.), 31960, leave to appeal refused, 6.9.07, autorisation d'appel refusée.

Chatterjee v. Attorney General of Ontario, (Ont.), 32204, leave to appeal granted, 20.12.07, autorisation d'appel accordée.

Chavali v. Corporation of the Village of Rockcliffe, (Ont.), 32249, leave to appeal refused with costs, 20.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Chavali v. Law Society of Upper Canada, (Ont.), 32253, leave to appeal refused with costs, 20.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Cherubini Metal Works Limited v. United Steel Workers, (N.S.), 32074, leave to appel refused with costs, 27.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Chief John Ermineskin v. Her Majesty the Queen in Right of Canada, (F.C.), 31875, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 30.8.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Chief Victor Buffalo v. Her Majesty the Queen in Right of Canada, (F.C.), 31869, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 30.8.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Chu v. Minister of Citizenship and Immigration, (F.C.), 32189, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Chudley v. Milne, (Ont.), 32141, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Circuit Québec Ste-Croix (1985) Inc. c. 2617-6800 Québec Inc., (Qué.), 32217, leave to appeal refused, 20.12.07, autorisation d'appel refusée.

CitiCapital Limited v. Royal Bank of Canada, (Ont.), 31880, leave to appeal refused with costs, 6.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

City of Calgary v. Amalgamated Transit Union, Local 583, (Alta.), 32077, leave to appeal refused with costs, 25.10. 07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

City of Edmonton v. Aliant Telecom Inc., (F.C.), 32043, leave to appeal refused with costs, 25.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

City of Hamilton v. George Robson Construction (Weston) Limited, (Ont.), 32192, leave to appeal refused with costs, 6.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

City of Toronto v. York Condominium Corporation No. 382, (Ont.), 31950, leave to appeal refused with costs, 6.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Coast Capital Savings Credit Union v. Parsons, (B.C.), 32117, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Cohen v. Attorney General of Canada, (F.C.), 32161, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Colak v. UV Systems Technology Inc., (B.C.), 32096, leave to appeal refused with costs, 29.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Comeau v. Gregoire, (N.S.), 32179, leave to appeal refused, 15.11.07, autorisation d'appel refusée.

Conde v. Lebrocq, (Ont.), 32241, leave to appeal refused, 6.12.07, autorisation d'appel refusée.

Consumers' Association of Canada v. Coca-Cola Bottling Company, (B.C.), 32248, leave to appeal refused with costs, 20.12,07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Continental Steel Ltd. v. Mierau Contractors Ltd., (B.C.), 32176, leave to appeal refused with costs, 6.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Corbiere v. Wikwemikong Tribal Police Services Board, (F.C.), 32036, leave to appeal refused with costs, 20.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Côté c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32099, leave to appeal refused, 11.10.07, autorisation d'appel refusée.

Council of Canadians v. The Queen, (Ont.), 31842, leave to appeal refused, 26.7.07, autorisation d'appel refusée.

Craig v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32102, leave to appeal granted, 29.11.07, autorisation d'appel accordée.

Croteau c. Air Transat A.T. Inc., (Qué.), 32191, leave to appeal refused with costs, 29.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Cummings c. Canwest Global Broadcasting Inc., (Qué.), 32054, leave to appeal refused with costs, 20.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

D.B. v. L.M., (Alta.), 32056, leave to appeal refused, 6.12.07, autorisation d'appel refusée.

Dandy Dan's Fish Market Ltd. v. The Queen, (N.L.), 32133, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Davis v. Clarica Life Insurance Company, (Ont.), 32258, leave to appeal refused with costs, 13.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Deland c. Ministre de la Justice du Canada au nom des États-Unis d'Amérique, (Qué.) (Crim.), 32222, leave to appeal refused, 20.12.07, autorisation d'appel refusée.

Deland c. Ministre de la Justice du Canada au nom des États-Unis d'Amérique, (Qué.) (Crim.), 32223, leave to appeal refused, 20.12,07, autorisation d'appel refusée.

Delight Textiles Limited v. Bellini Custom Cabinetry, (Ont.), 32193, leave to appeal refused with costs, 6.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Denby v. Agriculture, Food and Rural Affairs Appeal Tribunal, (Ont.), 32167, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Deschênes c. Gagné, (Qué.), 31931, leave to appeal refused with costs, 30.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Desmarais c. Municipalité de Saint-Paul-de-l'Île-aux-Noix, (Qué.), 32052, leave to appeal refused, 4.10.07, autorisation d'appel refusée.

Do RAV Right Coalition v. Jan Hagen, (B.C.), 31957, leave to appeal refused with costs, 6.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Doiron c. La Reine, (N.-B.) (Crim.), 32195, leave to appeal refused, 29.11.07, autorisation d'appel refusée.

Dominion of Canada General Insurance Company v. McKenzie, (Ont.), 32259, leave to appeal refused with costs, 13.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Douglas v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32142, leave to appeal refused, 15.11.07, autorisation d'appel refusée.

Dow Agroscience Canada Inc. v. Philom Bios Inc., (Alta.), 32084, leave to appeal refused with costs, 29.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Dow v. Hutchings, (B.C.), 32034, leave to appeal refused with costs, 27.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Doyon c. Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec, (Qué.), 32092, leave to appeal refused with costs, 4.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Dupéré v. House of Commons, (F.C.), 32146, leave to appeal refused with costs, 29.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Duquette c. Gauthier, (Qué.), 32219, leave to appeal refused with costs, 29.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Edgar v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31864, leave to appeal refused, 16.8.07, autorisation d'appel refusée.

Eichmanis v. Wawanesa Mutual Insurance Company, (Ont.), 31977, leave to appeal refused with costs, 23.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Elqudsi c. Sous-ministre du Revenu du Québec, (Qué.), 32110, leave to appeal refused with costs, 4.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

ETI Canada Inc. c. Hamilton, (Qué.), leave to appeal refused with costs, 13.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

F.H. v. McDougall, (B.C.), 32085, leave to appeal granted, 25.10.07, autorisation d'appel accordée.

Ferme Brien & Fils Inc. c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec, (Qué.), 32151, leave to appeal refused with costs, 1.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Fink v. Attorney General of Canada, (F.C.), 31917, leave to appeal refused, 27.9.07, autorisation d'appel refusée.

Flowers v. The Queen, (N.B.) (Crim.), 32206, leave to appeal refused, 29.11.07, autorisation d'appel refusée.

G.F. c. O.H., (Qué.), 31961, leave to appeal refused, 1.11.07, autorisation d'appel refusée.

G.M. v. Children's Aid Society of Cape Breton-Victoria, (N.S.), 31998, leave to appeal refused, 27.9.07, autorisation d'appel refusée.

G3 Worldwide (Canada) Inc. c.o. Spring and Spring Canada v. Canada Post Corporation, (Ont.), 32093, leave to appeal refused with costs, 1.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gaffney v. In the Matter of the Bankruptcy of Sheila Frances Gaffney, (B.C.), 32316, leave to appeal refused with costs, 20.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gagné c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32164, leave to appeal refused, 6.12.07, autorisation d'appel refusée.

Gagné c. Pratt & Whitney Canada, (Qué.), 32168, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gauthier v. Air Canada Pilots Association, (F.C.), 32021, leave to appeal refused with costs, 23.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gilbert c. La Reine, (C.F.), 32066, leave to appeal refused with costs, 20.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Goodstoney v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 32154, leave to appeal refused, 25.10.07, autorisation d'appel refusée.

Gramaglia v. Alberta Government Services Minister, (Alta.), 31361, leave to appeal refused, 23.8.07, autorisation d'appel refusée.

Grant v. The Queen, (F.C.), 32143, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Greater Essex County District School Board v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local 773, (Ont.), 32171, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Grenier c. Pothier Delisle, (Qué.), 32040, leave to appeal refused with costs, 20.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Grenon v. The Queen, (F.C.), 32236, leave to appeal refused with costs, 6.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hall v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32090, leave to appeal refused, 4.10.07, autorisation d'appel refusée.

Heidarian v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32053, leave to appeal refused, 15.11.07, autorisation d'appel refusée.

Hoffman v. Monsanto Canada Inc., (Sask.), 32135, leave to appeal refused, 13.12.07, autorisation d'appel refusée.

Holland v. Government of Saskatchewan, (Sask.), 31979, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 30.8.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Honourable Justice Paul Cosgrove v. Attorney General of Canada, (F.C.), 32032, leave to appeal refused, 29.11.07, autorisation d'appel refusée.

Howe v. Attorney General of Canada, (B.C.), 32198, leave to appeal refused, 6.12.07, autorisation d'appel refusée.

Hubert Pierlot for Pierlot Family Farm Ltd. v. Polstra, (P.E.I.), 32240, leave to appeal refused, 20.12.07, autorisation d'appel refusée.

Hughey v. Minister of Citizenship and Immigration, (F.C.), 32111, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hydro Ottawa Limited v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636, (Ont.), 32094, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

IMA Exploration Inc. v. Minera Aquiline Argentina SA, (B.C.), 32094, leave to appeal refused with costs, 20.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Insurance Corporation of British Columbia v. Holloway, (B.C.), 32055, leave to appeal refused with costs, 1.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jackson v. Kelowna General Hospital, (B.C.), 32000, leave to appeal refused with costs, 23.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jamal v. Crown Employees Grievance Settlement Board, (Ont.), 32158, leave to appeal refused with costs, 6.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

James v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31749, leave to appeal refused, 27.9.07, autorisation d'appel refusée.

Javor v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32108, leave to appeal refused, 15.11.07, autorisation d'appel refusée.

Jayaraman v. DeHart, (N.L.), 32152, leave to appeal refused with costs, 25.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jean-Guy Daoust, Syndic c. 9057-0250 Québec Inc., (Qué.), 32174, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jensen v. Chief Jack Ewatski, (Man.), 32024, leave to appeal refused with costs, 27.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jeremy Hinzman (A.K.A. Jeremy Dean Hinzman) v. Minister of Citizenship and Immigration, (F.C.), 32112, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jin c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32091, leave to appeal granted, 3.8.07, autorisation d'appel accordée.

Joad c. La Reine, (Qué.), 31965, leave to appeal refused, 6.9.07, autorisation d'appel refusée.

John Bayard Cope (also known as Barry Cope) v. Hill, (Alta.), 31928, leave to appeal refused with costs, 23.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

John Graham, also known as John Boy Patton v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America, (B.C.) (Crim.), 32125, leave to appeal refused, 6.12.07, autorisation d'appel refusée.

Ke Lam v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 32019, leave to appeal refused, 16.8.07, autorisation d'appel refusée.

Kollen v. City of Vancouver, (B.C.), 32235, leave to appeal refused with costs, 29.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

L.B. c. R.L., (Qué.), 32175, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

L.O. c. S.J., (Qué.), 32045, leave to appeal refused with costs, 20.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Labonté c. Collège des médecins du Québec, (Qué.), 32230, leave to appeal refused, 15.11.07, autorisation d'appel refusée.

Lacelle c. Carole Chauvin, ès qualités de syndic, (Qué.), 32015, leave to appeal refused with costs, 25.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lacelle c. Carole Chauvin, ès qualités de syndic, (Qué.), 32016, notice of discontinuance filed, 3.10.07, avis de désistement produit.

Landry c. Institut de réadaptation en déficience physique de Québec, (Qué.), 32073, leave to appeal refused with costs, 20.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Leroux c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32231, leave to appeal refused, 6.12.07, autorisation d'appel refusée.

Lienaux v. 2301072 Nova Scotia Limited, (N.S.), 32182, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lindsay v. Attorney General of British Columbia, (B.C.), 32026, leave to appeal refused, 15.11.07, autorisation d'appel refusée.

Lipson v. The Queen, (F.C.), 32041, leave to appeal granted with costs, 25.10.07, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Lipson v. The Queen, (F.C.), 32042, leave to appeal granted with costs, 25.10.07, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Livingston v. The Queen, (F.C.), 31941, leave to appeal refused with costs, 6.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

M.B. c. I.C., (Qué.), 32188, leave to appeal refused, 29.11.07, autorisation d'appel refusée.

MacDonald v. Huisman, (Ont.), 32215, leave to appeal refused with costs, 6.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Maciel v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32050, leave to appeal refused, 6.9.07, autorisation d'appel refusée.

MacLean v. Bakardjiev, (Ont.), 31812, leave to appeal refused with costs, 16.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Magnifico v. United States of America, (Ont.) (Crim.), 32126, leave to appeal refused, 6.12.07, autorisation d'appel refusée.

Marcotte c. Ville de Longueuil, (Qué.), 32213, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 13.12.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Martel v. The Queen, (Que.) (Crim.), 32232, leave to appeal refused, 13.12.07, autorisation d'appel refusée.

Martin v. Laurin, (Ont.), 32078, leave to appeal refused with costs, 11.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Martin v. Laurin, (Ont.), 32079, leave to appeal refused with costs, 11.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Matutschovsky v. Royal Bank of Canada, (Ont.), 32150, leave to appeal refused with costs, 25.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Mayor c. Semeniuk, (Qué.), 32149, leave to appeal refused with costs, 25.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Mazumder v. Bell Canada, (Ont.), 32025, leave to appeal refused with costs, 20.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

MBNA Canada Bank v. Markson, (Ont.), 32134, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

McAteer v. Billes, (Alta.), 32129, leave to appeal refused with costs, 6.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

McNaughton v. Ward, (N.S.), 32280, leave to appeal refused with costs, 20.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Melanson v. Province of New Brunswick, (N.B.), 32008, leave to appeal refused with costs, 20.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Mendez-Romero v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 32216, leave to appeal refused, 13.12.07, autorisation d'appel refusée.

Merchant Retail Services Limited v. Option Consommateurs, (Que.), 31756, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Midland Transport Limitée c. Procureur général du Québec, (Qué.) (Crim.), 32063, leave to appeal refused, 20.9.07, autorisation d'appel refusée.

Minister of Citizenship and Immigration v. Khosa, (F.C.), 31952, leave to appeal granted, 25.10.07, autorisation d'appel accordée.

Minister of Justice v. Khadr, (F.C.) (Crim.), 32147, leave to appeal granted, 25.10.07, autorisation d'appel accordée.

Ministre du Revenu national c. Compagnie d'assurance Combined d'Amérique, (C.F.), 31953, leave to appeal refused with costs, 25.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Minister of Public Safety and Security (formerly the Solicitor General) v. Criminal Lawyers' Association, (Ont.), 32172, leave to appeal granted, 29.11.07, autorisation d'appel accordée.

Mishibinijima v. Attorney General of Canada, (F.C.), 31967, leave to appeal refused, 27.9.07, autorisation d'appel refusée.

Moghbel v. Attorney General of Canada, (F.C.), 32082, leave to appeal refused, 27.9.07, autorisation d'appel refusée.

Mohebtash v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32140, leave to appeal refused, 11.10.07, autorisation d'appel refusée.

Mott v. Pricewaterhouse Coopers Inc. (B.C.), 31944, leave to appeal refused with costs, 23.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Municipal Corporation of the City of Windsor v. 679619 Ontario Limited o/a Silvers Lounge, (Ont.), 31910, leave to appeal refused with costs, 26.7.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

MWH International Inc. v. Lumbermens Mutual Casualty Company, (B.C.), 32049, leave to appeal refused with costs, 25.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Nancy Rick also known as Nanc Rick v. Berend Brandsema also known as Ben Brandsema, (B.C.), 32098, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 29.11.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Novopharm Limited v. G.D. Searle & Co., (F.C.), 32113, leave to appeal refused with costs, 1.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Novopharm Limited v. Janssen-Ortho Inc., (F.C.), 32200, leave to appeal refused with costs, 6.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Novozymes A/S v. Genencor International Inc., (F.C.), 32065, leave to appeal refused with costs, 25.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ogrodnick v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 32115, leave to appeal refused, 27.9.07, autorisation d'appel refusée.

Oigg v. The Queen, (Man.) (Crim.), 32044, leave to appeal refused, 23.8.07, autorisation d'appel refusée.

Olenga c. Insurance Corporation of British Columbia, (C.-B.), 32121, leave to appeal refused, 4.10.07, autorisation d'appel refusée.

Olymel, société en commandite c. Syndicat des travailleurs (euses) d'Olympia, (Qué.), 32226, leave to appeal refused with costs, 29.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

O'Toole v. Law Society of New Brunswick, (N.B.), 31990, leave to appeal refused with costs, 20.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Park v. Lee, (Ont.), 32033, leave to appeal refused with costs, 16.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Park v. Perrier, (Ont.), 32018, leave to appeal refused with costs, 16.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Park v. Toronto Community Housing Corporation, (Ont.), 32017, leave to appeal refused with costs, 16.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Passucci v. The Queen, (F.C.), 32068, leave to appeal refused with costs, 20.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Pearson v. Attorney General of Ontario, (Ont.), 32020, leave to appeal refused with costs, 16.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Perlett v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31884, leave to appeal refused, 6.9.07, autorisation d'appel refusée.

Peterson v. The Queen, (Que.) (Crim.), 32083, leave to appeal refused, 4.10.07, autorisation d'appel refusée.

Pfeiffer v. The Queen, (Ont.), 32120, leave to appeal refused, 1.11.07, autorisation d'appel refusée.

Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc., (F.C.), 32169, leave to appeal refused with costs, 1.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Philippe c. Centre Hospitalier Pierre-Janet, (Qué.), 32039, leave to appeal refused, 20.9.07, autorisation d'appel refusée.

Phyllis Gillespie by her Litigation Guardian Diane Nelson v. Minister of Transportation, (Ont.), 32233, leave to appeal refused, 20.12.07, autorisation d'appel refusée.

Plourde c. Service Aérien F.B.O. Inc. (Skyservice), (Qué.), 32190, leave to appeal refused with costs, 29.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Post v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32002, leave to appeal refused, 23.8.07, autorisation d'appel refusée.

Prince v. Nelson, (B.C.), 32081, leave to appeal refused with costs, 27.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Pritchard v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 31970, leave to appeal granted, 25.10.07, autorisation d'appel accordée.

Prudenza v. United States of America, (Ont.) (Crim.), 31696, leave to appeal refused, 30.8.07, autorisation d'appel refusée.

Purtell v. Royal Ottawa Hospital, (Ont.), 32159, leave to appeal refused, 15.11.07, autorisation d'appel refusée.

Rahmani v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32029, leave to appeal refused, 23.8.07, autorisation d'appel refusée.

Ranwez c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32224, leave to appeal refused, 6.12.07, autorisation d'appel refusée.

Reda v. Toronto Hospital (General Division), (Ont.), 32058, leave to appeal refused with costs, 27.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Richardson v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 32005, leave to appeal refused, 16.8.07, autorisation d'appel refusée.

Riendeau c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32107, leave to appeal refused, 29.11.07, autorisation d'appel refusée.

Ritchie v. Royal Trust Corporation of Canada, (Sask.), 32210, leave to appeal refused with costs, 29.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Rojas v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32080, leave to appeal granted, 25.10.07, autorisation d'appel accordée.

Rojas v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32087, leave to appeal granted, 25.10.07, autorisation d'appel accordée.

Root v. Ferri, (Ont.), 31972, leave to appeal refused with costs, 16.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Rospendek v. Rzyskiewicz, (Ont.), 32137, leave to appeal refused with costs, 25.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ross v. Ross, (P.E.I.), 32119, leave to appeal refused, 1.11.07, autorisation d'appel refusée.

Rosso c. Autorité des marchés financiers, (Qué.), 31964, leave to appeal refused with costs, 6.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Royal Bank of Canada v. The Queen, (F.C.), 31982, leave to appeal refused with costs, 20.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ruddell v. BC Rail Ltd., (B.C.), 32144, leave to appeal refused, 1.11.07, autorisation d'appel refusée.

Rui Bin Xu v. OC Transpo, (F.C.), 32177, leave to appeal refused, 13.12.07, autorisation d'appel refusée.

R. v. Bolster, (B.C.), 31963, leave to appeal refused, 27.9.07, autorisation d'appel refusée.

R. v. H.S.B., (B.C.) (Crim.), 32046, leave to appeal granted, 25.10.07, autorisation d'appel accordée.

R. v. Hutterian Brethren of Wilson Colony, (Alta.), 32186, leave to appeal granted, 29.11.07, autorisation d'appel accordée.

R. v. J.F., (Ont.) (Crim.), 32203, leave to cross-appeal granted, 24.12.07, autorisation d'appel incident accordée.

R. v. Monière, (Qué.) (Crim.), 32014, leave to appeal granted, 2.8.07, autorisation d'appel accordée.

R. v. Ouellette, (Qué.) (Crim.), 32057, leave to appeal granted, 29.11.07, autorisation d'appel accordée.

R. v. P.M., (Qué.) (Crim.), 32051, leave to appeal refused, 25.10.07, autorisation d'appel refusée.

R. v. R.E.M., (B.C.) (Crim.), 32038, leave to appeal granted, 25.10.07, autorisation d'appel accordée.

R. v. Sandham, (Ont.) (Crim.), 32366, leave to appeal refused, 7.12.07, autorisation d'appel refusée.

S.A.C. v. The Queen, (N.S.) (Crim.), 32104, leave to appeal granted, 25.10.07, autorisation d'appel accordée.

S.C. v. Children's Aid Society of Toronto, (Ont.), 32244, leave to appeal refused, 6.12.07, autorisation d'appel refusée.

Saad v. Minister of Justice for Canada, (Ont.) (Crim.), 31868, leave to appeal refused, 16.8.07, autorisation d'appel refusée.

Sahota v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32325, leave to appeal granted, 18.12.07, autorisation d'appel accordée.

Sanchez v. Minister of Citizenship and Immigration, (F.C.), 32028, leave to appeal refused, 27.9.07, autorisation d'appel refusée.

Sands Brothers Canada Ltd. v. UBS Securities Canada Inc., (Ont.), 32173, leave to appeal refused with costs, 29.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Limited, (F.C.), 32105, leave to appeal refused with costs against the respondent, 25.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens contre l'intimée.

Saraffian v. SMBD - Jewish General Hospital, (Que.), 32070, leave to appeal refused with costs, 20.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sauriol-Lévesque c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32059, leave to appeal refused, 4.10.07, autorisation d'appel refusée.

Savagoli v. Minister of Citizenship and Immigration, (F.C.), 32187, leave to appeal refused with costs, 13.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Schaer v. Barrie Yacht Club, (Ont.), 31988, leave to appeal refused with costs, 27.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Schreiber v. Federal Republic of Germany, (Ont.) (Crim.), 32048, leave to appeal refused, 4.10.07, autorisation d'appel refusée.

Sharon [Shazza] Laframboise, Director of Central Halifax Community Association v. Halifax Regional Municipality, (N.S.), 32075, leave to appeal refused with costs, 4.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Shepherd v. The Queen, (Sask.) (Crim.), 32037, leave to appeal granted, 23.8.07, autorisation d'appel accordée.

Simex International du Commerce Inc. c. Western Grain Cleaning & Processing, (Qué.), 32194, leave to appeal refused with costs, 22.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Siyam v. Minister of Justice Canada, (Ont.) (Crim.), 31989, leave to appeal refused, 29.11.07, autorisation d'appel refusée.

Smida c. Ministre de la Justice du Canada au nom des États-Unis d'Amérique, (Qué.) (Crim.), 32221, leave to appeal refused, 20.12.07, autorisation d'appel refusée.

Smith v. The Queen, (N.S.) (Crim.), 32323, leave to appeal granted, 18.12.07, autorisation d'appel accordée.

Soccio c. Leduc, (Qué.), 31968, leave to appeal refused with costs, 6.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Société Générale (Canada) v. Royal Bank of Canada, (Ont.), 31878, leave to appeal refused with costs, 6.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Solowan v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32237, leave to appeal granted, 29.11.07, autorisation d'appel accordée.

Sommani v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 31971, leave to appeal refused, 4.10.07, autorisation d'appel refusée.

Soprema inc. c. CGU, Compagnie d'assurance du Canada, (Qué.), 31948, leave to appeal refused with costs, 6.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Speckling v. Labour Relations Board of British Columbia, (B.C.), 32023, leave to appeal refused with costs, 30.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Speckling v. The Queen, (B.C.), 32027, leave to appeal refused with costs, 30.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

St-Germain c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 32003, leave to appeal granted, 2.8.07, autorisation d'appel accordée.

Stancu v. E.C.E. Group Ltd., (Ont.), 32184, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Suberu c. La Reine, (Ont.) (Crim.), 31912, leave to appeal granted, 16.8.07, autorisation d'appel accordée.

Syndicat des Salariées et Salariés des Vêtements Avanti (CSN) c. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999 (Teamsters), (Qué.), 32122, leave to appeal refused with costs, 4.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Szebenyi v. The Queen, (F.C.), 32031, leave to appeal refused with costs, 16.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tan v. Dockside Brewing Company Ltd., (B.C.), 32060, leave to appeal refused with costs, 27.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Teck Cominco Metals Ltd. v. Lombard General Insurance Company of Canada, (B.C.), 32116, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 29.11.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Thamotharem v. Minister of Citizenship and Immigration, (F.C.), 32185, leave to appeal refused with costs, 13.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

The Owners: Condominium Plan No. 822 2630 v. Danray Alberta Ltd., (Alta.), 31934, leave to appeal refused with costs, 16.8.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Toyota Canada Inc. v. Billette, (Que.), 32196, leave to appeal refused with costs, 15.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tr'ondëk Hwëch'in v. Government of Yukon, (Y.T.), 32047, leave to appeal refused, 20.9.07, autorisation d'appel refusée.

Tsawwassen Residents Against Higher Voltage Overhead Lines Society v. British Columbia Transmission Corporation, (B.C.), 32088, leave to appeal refused with costs, 6.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

UMA/B&V Ltd. v. SaskPower International Inc., (Sask.), 32086, leave to appeal refused with costs, 27.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

United Food and Commercial Workers, Local 1400 v. Westfair Foods Ltd., (Sask.), 31985, leave to appeal refused with costs, 27.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Université Concordia c. Association des professeures et professeurs à temps partiel de l'Université Concordia (CUPFA), (Qué.), 32239, leave to appeal refused with costs, 13.12.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

University of British Columbia Faculty Association v. University of British Columbia, (B.C.), 32071, leave to appeal refused with costs, 25.10.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Usinage Pouliot Inc. c. Ville de Longueuil, (Qué.), 32214, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 13.12.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Walsh v. The Queen, (F.C.), 32201, leave to appeal refused with costs, 29.11.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Walsh v. Walsh, (Ont.), 32030, leave to appeal refused with costs, 20.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Wells v. Sears, (N.L.), 32035, leave to appeal refused with costs, 27.9.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Wittwer v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32130, leave to appeal granted, 25.10.07, autorisation d'appel accordée.

Workers' Compensation Board v. Joanne Katy Komanak, (Alta.), 31937, leave to appeal refused with costs, 23.8.07, 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) with the necessary cross-references.

PAGE

A

A.A., Alliance for Marriage and Family v. 124
A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association v. Canada (Revenue Agency) 217
ABB Inc. v. Domtar Inc. 461
Arkwright Mutual Insurance Co., Domtar Inc. v. 461
Alliance for Marriage and Family v. A.A. 124

B

B.D., Syl Apps Secure Treatment Centre v. 83
Bruker v. Marcovitz 607

C

Canada (Revenue Agency), A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association v. 217
Children's Aid Society of Halton Region, D.B. v. 83
Chubb Insurance Company of Canada, Domtar Inc. v. 461
Citadel General Assurance Co. v. Vytlingam 373

D

D.B. v. Children's Aid Society of Halton Region 83
D. (B.) v. Halton Region Children's Aid Society... 83
Daley, R. v. 523
Danier Leather Inc., Kerr v. 331
Domtar Inc., ABB Inc. v. 461
Domtar Inc., Chubb Insurance Company of Canada v. 461
Domtar Inc. v. Arkwright Mutual Insurance Co. 461

PAGE

E

Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc. 20

F

Farmer, Vytlingam (Litigation of) v. 373

G

Grover, R. v. 510

H

Halton Region Children's Aid Society, D. (B.) v. 83
Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board, Hill v. 129
Herbison, Lumbermens Mutual Casualty Co. v. ... 393
Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board 129

J

Jackson, R. v. 514
Jacyk, Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. v. 679
Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. v. Jacyk 679

K

Kerr v. Danier Leather Inc. 331
Kraft Canada Inc., Euro-Excellence Inc. v. 20

L

Lumbermens Mutual Casualty Co. v. Herbison ... 393

PAGE

M

Marcovitz, Bruker v. 607

N

Named Person v. Vancouver Sun 253

R

R. v. Daley 523
R. v. Grover 510
R. v. Jackson 514
R. v. Rhyason 108
R. v. Singh 405
R. v. Steele 3
R. v. Trotta 453
Rhyason, R. v. 108

PAGE

S

Singh, R. v. 405
Steele, R. v. 3
Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D. 83

T

Transportaction Lease Systems Inc. v. Yeung 371
Trotta, R. v. 453

V

Vancouver Sun, Named Person v. 253
Vytlingam, Citadel General Assurance Co. v. 373
Vytlingam (Litigation of) v. Farmer 373

Y

Yeung, Transportaction Lease Systems Inc. v. 371

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertorié » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

PAGE

A

A.A., Alliance for Marriage and Family c. 124
A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association c. Canada (Agence du revenu) 217
ABB Inc. c. Domtar Inc. 461
Arkwright Mutual Insurance Co., Domtar Inc. 461
Alliance for Marriage and Family c. A.A. 124

B

B.D., Syl Apps Secure Treatment Centre c. 83
Bruker c. Marcovitz 607

C

Canada (Agence du revenu), A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association c. 217
Children's Aid Society of Halton Region, D.B. c. 83
Chubb Insurance Company of Canada, Domtar Inc. c. 461
Citadelle, Cie d'assurances générales c. Vytlingam 373
Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth, Hill c. 129

D

D.B. c. Children's Aid Society of Halton Region 83
D. (B.) c. Halton Region Children's Aid Society... 83
Daley, R. c. 523
Danier Leather Inc., Kerr c. 331
Domtar Inc., ABB Inc. c. 461

PAGE

Domtar Inc., Chubb Insurance Company of Canada c. 461
Domtar Inc. c. Arkwright Mutual Insurance Co. 461

E

Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc. 20

F

Farmer, Vytlingam (Litigation of) c. 373

G

Grover, R. c. 510

H

Halton Region Children's Aid Society, D. (B.) c. . 83
Herbison, Lumbermens Mutual Casualty Co. c. .. 393
Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth 129

J

Jackson, R. c. 514
Jacyk, Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. c. 679
Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. c. Jacyk 679

K

Kerr c. Danier Leather Inc. 331
Kraft Canada Inc., Euro-Excellence Inc. c. 20

PAGE

L

Lumbermens Mutual Casualty Co. c. Herbison ... 393

M

Marcovitz, Bruker c. 607

P

Personne désignée c. Vancouver Sun 253

R

R. c. Daley 523
R. c. Grover 510
R. c. Jackson 514
R. c. Rhyason 108
R. c. Singh 405
R. c. Steele 3
R. c. Trotta 453
Rhyason, R. c. 108

PAGE

S

Singh, R. c. 405
Steele, R. c. 3
Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D. 83

T

Transportaction Lease Systems Inc. c. Yeung 371
Trotta, R. c. 453

V

Vancouver Sun, Personne désignée c. 253
Vytlingam, Citadelle, Cie d'assurances générales c. 373
Vytlingam (Litigation Guardian of) c. Farmer 373

Y

Yeung, Transportaction Lease Systems Inc. c. 371

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
A		
A & M Records of Canada Ltd. v. Millbank Music Corp.	(1984), 1 C.P.R. (3d) 354	37
A.A.D. v. Tanner	(2004), 188 Man. R. (2d) 15, 2004 MBQB 213	183
A.N. v. Saskatchewan (Minister of Social Services)	(1988), 68 Sask. R. 24	99
Al's Steak House & Tavern Inc. v. Deloitte & Touche	(1994), 20 O.R. (3d) 673	183
Alchimowicz v. Continental Insurance Co. of Canada	(1996), 37 C.C.L.I. (2d) 284	401
Alexandrou v. Oxford	[1993] 4 All E.R. 328	183
Ambard v. Attorney-General for Trinidad and Tobago	[1936] A.C. 322	273
Amlani v. Hirani	(2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653	629, 656
Amos v. Insurance Corp. of British Columbia	[1995] 3 S.C.R. 405	377, 399
Anns v. Merton London Borough Council	[1978] A.C. 728	92, 145, 181
Architectronics, Inc. v. Control Systems, Inc.	935 F.Supp. 425 (1996)	45
AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)	[2006] 2 S.C.R. 560, 2006 SCC 49	62
Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.	[1998] 1 S.C.R. 591	640
Auto Peliss ltée v. Proulx Pontiac Buick ltée	[2001] R.J.Q. 856	481
Avery v. Canada (Attorney General)	[2004] N.B.J. No. 391 (QL), 2004 NBQB 372	183
Avitzur v. Avitzur	459 N.Y.S.2d 572 (1983)	644, 664
Axa Insurance v. Dominion of Canada General Insurance Co.	(2004), 73 O.R. (3d) 391	387
Azoulay v. The Queen	[1952] 2 S.C.R. 495	558, 588
B		
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315	638
Babcock v. Canada (Attorney General)	[2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57	310
Bailey v. United States	516 U.S. 137 (1995)	12
Bank of Montreal v. Bail Ltée	[1992] 2 S.C.R. 554	504
Beckstead v. Ottawa (City) Chief of Police	(1997), 37 O.R. (3d) 62	181
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	[2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42	28
Bergeron v. Proulx	[1967] C.S. 579	659
Bertrand v. Pelletier	[1997] R.D.I. 321	478
Bisaillon v. Keable	[1983] 2 S.C.R. 60	267, 308
Bishop v. Stevens	[1990] 2 S.C.R. 467	28, 74
Blackburn v. Alabama	361 U.S. 199 (1960)	422
Blandino v. Colagiacomo	[1989] R.D.I. 148	490
Bouchet v. Kyriacopoulos	(1964), 45 C.P.R. 265	75
Boudreau v. The King	[1949] S.C.R. 262	422
Bray v. Ford	[1896] A.C. 44	588
Brett v. Brett	[1969] 1 All E.R. 1007	643, 662
British Actors Film Co. v. Glover	[1918] 1 K.B. 299	76

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
British Leyland Motor Corp. v. Armstrong Patents Co.	[1986] 1 All E.R. 850	67
Brooks v. Commissioner of Police of the Metropolis	[2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24	160, 183

C

Calveley v. Chief Constable of the Merseyside Police	[1989] 1 All E.R. 1025	183
Canada (Attorney General) v. Mossop	[1993] 1 S.C.R. 554	128
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass	[1997] 3 S.C.R. 391	316
Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada	[2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54	229
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)	[1996] 3 S.C.R. 480	273, 295
Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1992] 1 S.C.R. 236	128
Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson	[1998] 3 S.C.R. 157	444
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 S.C.R. 1021	147
Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 122	295
Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.	[1993] 3 S.C.R 724	329
Canadian Pacific Ltd. v. Montreal Urban Community	[2001] 3 S.C.R. 426, 2001 SCC 74	127
Castle Rock v. Gonzales	125 S.Ct. 2796 (2005)	184
Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)	[1994] 2 S.C.R. 165	99
CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada	[2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13	28, 55, 74
Chan v. Insurance Corp. of British Columbia	[1996] 4 W.W.R. 734	389
Chartier v. Attorney General of Quebec	[1979] 2 S.C.R. 474	157
Children's Aid Society for the District of Ottawa-Carleton v. L.H.	[1994] O.J. No. 2501 (QL)	99
Children's Aid Society of Brockville Leeds & Grenville v. C.	2001 CarswellOnt 1504	99
Children's Aid Society of Halifax v. C.M.N.	(1989), 91 N.S.R. (2d) 232	99
Children's Aid Society of Halifax v. S.F.	(1992), 110 N.S.R. (2d) 159	99
Children's Aid Society of Hamilton-Wentworth v. R. (K.)	2003 CarswellOnt 2929	99
Children's Aid Society of Ottawa - Carleton v. D.L.	[1995] O.J. No. 693 (QL)	99
Childs v. Desormeaux	[2006] 1 S.C.R. 643, 2006 SCC 18	92, 146, 181
Chisholm v. Liberty Mutual Group	(2002), 60 O.R. (3d) 776	387, 403
Christiaenssens v. Rigault	[2006] Q.J. No. 5765 (QL), 2006 QCCA 853	674
Christian Education South Africa v. Minister of Education	(2000), 10 B. Const. L.R. 1051	638
Citadel General Assurance Co. v. Vytlingam	[2007] 3 S.C.R. 373, 2007 SCC 46	403
Civ. 1re, January 19, 1965	D. 1965.389, obs. Cornu	494
Civ. 1re, November 24, 1954	J.C.P. 1955.II.8565, obs. H. B.	494
Civ. 2e, April 21, 1982	Bull. civ. II, No. 62	661
Civ. 2e, December 13, 1972	D. 1973.493	643
Civ. 2e, June 15, 1988	Bull. civ. II, No. 146	661
Civ. 2e, June 5, 1985	J.C.P. 1987.II.20728	661
Civ. 2e, November 21, 1990	D. 1991.434	661
Civ. 3e, October 30	1978, J.C.P. 1979.II.19178	494
Clarke, Irwin & Co. v. C. Cole & Co.	(1960), 33 C.P.R. 173	37

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Cloutier v. Létourneau	[1993] R.L. 530	478
Collie Woollen Mills Ltd. v. Canada	(1996), 107 F.T.R. 93	183
Collier v. Insurance Corp. of British Columbia	(1995), 100 B.C.L.R. (2d) 201	386
Com., November 6, 1979	J.C.P. 1978.II.19178, obs. Ghestin	494
Com., October 8, 1973	J.C.P. 1975.II.17927, obs. Ghestin	494
Commissioners for Special Purposes of the Income Tax v. Pemsel	[1891] A.C. 531	233, 243
Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.	[1980] 1 S.C.R. 357	28, 73
Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)	[2004] 2 S.C.R. 650, 2004 SCC 48	655
Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 S.C.R. 888	401
Continental Stress Relieving Services Ltd. v. Canada West Insurance Co. of Canada	(1998), 221 A.R. 160, 1998 ABQB 387	379
Cooper v. Canada (Human Rights Commission)	[1996] 3 S.C.R. 854	329
Cooper v. Hobart	[2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79	92, 145, 181
Cooper v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 1149	562
Courtney v. State of Tasmania	[2000] TASSC 83	183
Cowan v. Chief Constable of the Avon and Somerset Constabulary	[2001] E.W.J. No. 5088 (QL), [2001] EWCA Civ 1699	183
Cran v. State of New South Wales	(2004), 62 N.S.W.L.R. 95	184
Curé et marguilliers de l'œuvre et fabrique de la paroisse de St-Zacharie v. Morin	[1968] C.S. 615	659

D

D. v. France	Application No. 10180/82, December 6, 1983, D.R. 35, p. 199	642
D.P.P. v. Beard	[1920] A.C. 479	547
D'Aguiar v. Guyana Commissioner of Inland Revenue	[1970] T.R. 31	233
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	274, 295
Derksen v. 539938 Ontario Ltd.	[2001] 3 S.C.R. 398, 2001 SCC 72	403
Desgagné v. Fabrique de St-Philippe d'Arvida	[1984] 1 S.C.R. 19	477
Despatie v. Tremblay	(1921), 47 B.R. 305	656
Dickerson v. United States	530 U.S. 428 (2000)	449
Dictionnaires Robert Canada S.C.C. v. Librairie du Nomade Inc.	(1987), 11 F.T.R. 44	37
Dix v. Canada (Attorney General)	(2002), 315 A.R. 1, 2002 ABQB 580	183
Donoghue v. Stevenson	[1932] A.C. 562	93, 146
Dorset Yacht Co. v. Home Office	[1970] A.C. 1004	192
Duke v. State of New South Wales	[2005] NSWSC 632	184
Dunlop v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 881	517
Dynabec Ltée v. Société d'informatique R.D.G. Inc.	(1985), 6 C.P.R. (3d) 322	76

E

Éditions de la Table ronde s.a. v. Cousture	[1995] Q.J. No. 1519 (QL)	76
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)	[1989] 2 S.C.R. 1326	273, 295
Edwards v. Law Society of Upper Canada	[2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80	92, 146, 181
Elsom v. Elsom	[1989] 1 S.C.R. 1367	315
Emanuele v. Hedley	(1997), 137 F.L.R. 339	183

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
F		
F. (B.) v. Children's Aid Society of Kingston (City)	1995 CarswellOnt 2154	99
Family Youth and Child Services of Muskoka v. N.C.	[2004] O.J. No. 1733 (QL)	99
Fly by Nite Music Co. v. Record Wherehouse Ltd.	[1975] F.C. 386	37
Folland v. Reardon	(2005), 74 O.R. (3d) 688	166
Fonds Gabrielle Roy v. Éditions internationales Alain Stanké ltée	[1993] Q.J. No. 2525 (QL)	76
Frame v. Smith	[1987] 2 S.C.R. 99	669
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)	[1992] 1 S.C.R. 3	316
G		
Garage Robert inc. v. 2426-9888 Québec inc.	[2001] R.J.Q. 865	481
Gardner v. Rusch	(1999), 179 D.L.R. (4th) 336	103
Gariepy v. Shell Oil Co.	(2002), 23 C.P.C. (5th) 393	364
Garland v. Consumers' Gas Co.	[2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25	691
General Motors Products of Canada v. Kravitz	[1979] 1 S.C.R. 790	481
Giahn v. Giahn	N.Y. Sup. Ct., April 13, 2000	664
Greenhalgh v. ING Halifax Insurance Co.	(2004), 72 O.R. (3d) 338	386
Gregoire v. Biddle	177 F.2d 579 (1949)	184
Gregory v. Gollan	[2006] NZHC 426	184
Griggs Group Ltd. v. Evans	[2004] F.S.R. 31, [2003] EWHC 2914	46
Gruber v. Backhouse	(2003), 190 F.L.R. 122, [2003] ACTSC 18	184
Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.	[1999] 3 S.C.R. 423	495
Guaranty Trust Co. of Canada v. Minister of National Revenue	[1967] S.C.R. 133	233
H		
H.L. v. Canada (Attorney General)	[2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25	359
Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)	[1993] 2 S.C.R. 995	655
Herbison v. Lumbermens Mutual Casualty Co.	(2005), 76 O.R. (3d) 81	386
Hill v. Chief Constable of West Yorkshire	[1988] 2 All E.R. 238	160, 183
Holdbrook v. Emeneau	(2000), 204 N.S.R. (2d) 96, 2000 NSCA 48	379
Houle v. Canadian National Bank	[1990] 3 S.C.R. 122	68
Hunt v. Carey Canada Inc.	[1990] 2 S.C.R. 959	90
Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 426	496
I		
In re Mariette	[1915] 2 Ch. 284	237
In the Marriage of Shulsinger	(1977), 13 A.L.R. 537	643
In the Marriage of Steinmetz	(1980), 6 F.L.R. 554	643
Inland Revenue Commissioners v. City of Glasgow Police Athletic Association	[1953] 1 All E.R. 747	238
Inland Revenue Commissioners v. McMullen	[1981] A.C. 1	237

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE

J

Jane Doe v. John Doe	Jm. Fam. Ct., 19270/03, December 21, 2004	644, 667
Jane Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police	(1990), 72 D.L.R. (4th) 580	187
Jane Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police	(1998), 160 D.L.R. (4th) 697	149, 185
Jauvin v. Procureur général du Québec	[2004] R.R.A. 37	165, 213
Jenkins v. Foley	(2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 257, 2002 NFCA 46	495
Jenkins v. Zurich Insurance Canada	(1997), 193 N.B.R. (2d) 135	387
Jove v. Paialunga Estate	(1997), 42 B.C.L.R. (3d) 309	379

K

Kaddoura v. Hammoud	(1998), 168 D.L.R. (4th) 503	656
Kamloops (City of) v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2	92
Kangas v. Aetna Casualty & Surety Co.	235 N.W.2d 42 (1975)	401
Kelly v. Curtis	21 F.3d 1544 (1994)	184
Kelsey v. The Queen	[1953] 1 S.C.R. 220	589
King v. Low	[1985] 1 S.C.R. 87	99
Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.	[2005] 3 S.C.R. 302, 2005 SCC 65	31, 61
Kleysen v. Canada (Attorney General)	(2001), 159 Man. R. (2d) 17, 2001 MBQB 205	183
Kompare v. Stein	801 F.2d 883 (1986)	184
Krug v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 255	10

L

Lacombe v. André	[2003] R.J.Q. 720	165, 213
Laing v. Commissioner of Stamp Duties	[1948] N.Z.L.R. 154	238
Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer	[1992] 3 S.C.R. 165	629, 658
Lapointe v. Hôpital Le Gardeur	[1992] 1 S.C.R. 351	166
Law, Union & Rock Insurance Co. v. Moore's Taxi Ltd.	[1960] S.C.R. 80	387
Leary v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 29	548
Lefor (Litigation guardian of) v. McClure	(2000), 49 O.R. (3d) 557	388, 400
Legault v. Compagnie d'assurance générale de commerce	(1967), 65 D.L.R. (2d) 230	388
Leskun v. Leskun	[2006] 1 S.C.R. 920, 2006 SCC 25	663
Lindenburger v. United Church of Canada	(1985), 10 O.A.C. 191	629
London & Lancashire Guarantee & Accident Co. of Canada v. Cie F.X. Drolet	[1944] S.C.R. 82	492

M

M. (N.M.) v. M. (N.S.)	(2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346	629, 656
M. v. Newham London Borough Council	[1994] 2 W.L.R. 554	103

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Maccabi Canada v. M.N.R.	98 D.T.C. 6526	228, 245
Manac inc./Nortex v. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada	[2006] R.R.A. 879	490
Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.	(1998), 42 O.R. (3d) 177	359
Marquis v. Saltsman	J.E. 2002-1729, SOQUIJ AZ-50143509	478
Mathys v. Demers	[1968] C.S. 172	659
McCaw v. United Church of Canada	(1991), 4 O.R. (3d) 481	629
McGillivary v. New Brunswick	(1994), 149 N.B.R. (2d) 311	183
McGuigan v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 284	10
Michigan v. Mosley	423 U.S. 96 (1975)	449
Minkin v. Minkin	434 A.2d 665 (1981)	644
Miranda v. Arizona	384 U.S. 436 (1966)	448
Miron v. Trudel	[1995] 2 S.C.R. 418	329
Moyes v. Fortune Financial Corp.	(2002), 61 O.R. (3d) 770	364
Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	[2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6	638

N

Nathoo v. Nathoo	[1996] B.C.J. No. 2720 (QL)	629, 656
New-Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. L. (M.)	[1998] 2 S.C.R. 534	99
Nixon v. Warner Communications, Inc.	435 U.S. 589 (1978)	273

O

Oakwood Construction Inc. v. Ratthé	[1993] R.D.I. 181	490
Odhavji Estate v. Woodhouse	[2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69	146, 181
Oppenheim v. Forestiers R.P.G.M. inc.	J.E. 2002-1197, SOQUIJ AZ-50133145	490
Orfus Realty v. D.G. Jewellery of Canada Ltd.	(1995), 24 O.R. (3d) 379	324
Orsatti v. New Jersey State Police	71 F.3d 480 (1995)	184
Osman v. Ferguson	[1993] 4 All E.R. 344	183
Ouaknine v. Elbilia	[1981] C.S. 32	657
Ouellette v. Gingras	[1972] C.A. 247	659

P

P. (D.) v. S. (C.)	[1993] 4 S.C.R. 141	638
P.S. v. Batth	[1997] O.J. No. 4089 (QL)	103
Paal Wilson & Co. A/S v. Partenreederei Hannah Blumenthal	[1983] 1 All E.R. 34	687
Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)	[2004] 3 S.C.R. 575, 2004 SCC 75	691
Pappajohn v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 120	590
Parlby Construction Ltd. v. Stewart Equipment Co.	[1972] 1 W.W.R. 503	495
Paulus v. Robinson	(1991), 60 B.C.L.R. (2d) 116	379
Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise	[2004] 3 S.C.R. 461, 2004 SCC 68	360
Pettkus v. Becker	[1980] 2 S.C.R. 834	691
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 S.C.R. 557	348
Placement Jacpar Inc. v. Benzakour	[1989] R.J.Q. 2309	478

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)	[2006] 1 S.C.R. 715, 2006 SCC 20	229
Poirier v. Martucelli	[1995] R.D.I. 319	478
Powell v. Chief Constable of North Wales Constabulary	[1999] E.W.J. No. 6844 (QL)	270

R

R. & A. Bailey & Co. v. Boccaccio Pty. Ltd.	(1986), 84 F.L.R. 232	53
R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.	[1971] 1 O.R. 207	496
R. (S.B.) v. Governors of Denbigh High School	[2007] 1 A.C. 100, [2006] UKHL 15	662
R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.	[2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8	314
R. v. Beare	[1988] 2 S.C.R. 387	196
R. v. Beaudry	[2007] 1 S.C.R. 190, 2007 SCC 5	196, 521
R. v. Belair	(1981), 24 C.R. (3d) 133	10
R. v. Bernard	[1988] 2 S.C.R. 833	548
R. v. Bernshaw	[1995] 1 S.C.R. 254	113, 117
R. v. Berrigan	(1998), 127 C.C.C. (3d) 120	557, 593
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	637
R. v. Brown	[2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32	271
R. v. C.G.	[2004] O.J. No. 229 (QL)	432
R. v. Canute	(1993), 80 C.C.C. (3d) 403	543, 596
R. v. Carosella	[1997] 1 S.C.R. 80	316
R. v. Chang	(1989), 50 C.C.C. (3d) 413	11
R. v. Clayton-Wright	(1948), 33 Cr. App. R. 22	589
R. v. Collins	(1907), 38 N.B.R. 218	562
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	451
R. v. Courtereille	(2001), 40 C.R. (5th) 338	584
R. v. Covin	[1983] 1 S.C.R. 725	10
R. v. Daviault	[1994] 3 S.C.R. 63	548
R. v. Davies	(1982), 1 C.C.C. (3d) 299	272
R. v. Dell	(2005), 194 C.C.C. (3d) 321	284
R. v. Demeter	(1975), 25 C.C.C. (2d) 417	559
R. v. Eliuk	(2002), 299 A.R. 364, 2002 ABCA 85	116
R. v. Esposito	(1985), 24 C.C.C. (3d) 88	422
R. v. Fitton	[1956] S.C.R. 958	422
R. v. Gagnon	(1995), 86 O.A.C. 381	11
R. v. Gagnon	[2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17	113
R. v. Gairdner	(1999), 40 M.V.R. (3d) 133	116
R. v. George	[1960] S.C.R. 871	548
R. v. Girard	(1996), 109 C.C.C. (3d) 545	559
R. v. Good	(1998), 102 B.C.A.C. 177	585
R. v. Grandinetti	[2005] 1 S.C.R. 27, 2005 SCC 5	430
R. v. Griffin	(1996), 111 C.C.C. (3d) 567	11
R. v. Guess	(2000), 148 C.C.C. (3d) 321	323
R. v. Hannon	(2001), 159 C.C.C. (3d) 86, 2001 BCCA 566	557, 594
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151	411, 439
R. v. Henry	(1990), 61 C.C.C. (3d) 455	322
R. v. Hiscock	(1992), 72 C.C.C. (3d) 303	310
R. v. Hunter	(1987), 57 C.R. (3d) 1	267, 307

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Jack	(1993), 88 Man. R. (2d) 93	560
R. v. Jacquard	[1997] 1 S.C.R. 314	113, 546
R. v. Jones	[1994] 2 S.C.R. 229	417
R. v. Langevin	(1979), 47 C.C.C. (2d) 138	10
R. v. Lawrence	[2001] O.J. No. 5776 (QL)	305
R. v. Leipert	[1997] 1 S.C.R. 281	267, 307
R. v. Lemky	[1996] 1 S.C.R. 757	581, 593
R. v. MacKay	[2005] 3 S.C.R. 607, 2005 SCC 75	589
R. v. MacKinlay	(1986), 28 C.C.C. (3d) 306	543
R. v. Manninen	[1987] 1 S.C.R. 1233	446
R. v. McKay	(2003), 16 C.R. (6th) 347, 2003 MBQB 141	446
R. v. Mentuck	[2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76	274, 295
R. v. Neufeld	[1984] O.J. No. 1747 (QL)	12
R. v. O.N.E.	[2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77	295
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	274, 301
R. v. Oickle	[2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38	411, 443
R. v. Otis	(2000), 151 C.C.C. (3d) 416	435, 444
R. v. Pedersen	(2004), 193 B.C.A.C. 206, 2004 BCCA 64	116
R. v. Quon	[1948] S.C.R. 508	11
R. v. Regan	[2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12	316
R. v. Robinson	[1996] 1 S.C.R. 683	550, 593
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654	228, 314
R. v. Saskatchewan Wheat Pool	[1983] 1 S.C.R. 205	164
R. v. Scott	[1990] 3 S.C.R. 979	272, 308
R. v. Scott	(2000), 145 C.C.C. (3d) 52	10
R. v. Seymour	[1996] 2 S.C.R. 252	555, 593
R. v. Sheppard	[2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26	113, 175
R. v. Simpson	(1999), 125 B.C.A.C. 44, 1999 BCCA 310	558
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	451
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	271
R. v. Stone	[1999] 2 S.C.R. 290	549
R. v. Storrey	[1990] 1 S.C.R. 241	198
R. v. Switzer	(1987), 32 C.C.C. (3d) 303	11
R. v. Timm	(1998), 131 C.C.C. (3d) 306	450
R. v. Tipewan	[1998] S.J. No. 681 (QL)	575
R. v. Turcotte	[2005] 2 S.C.R. 519, 2005 SCC 50	420
R. v. Turner	(2004), 1 M.V.R. (5th) 191	116
R. v. W. (D.)	[1991] 1 S.C.R. 742	585
R. v. White	[1999] 2 S.C.R. 417	418
R. v. Whittle	[1994] 2 S.C.R. 914	420
R. v. Yebes	[1987] 2 S.C.R. 168	512
Re Anderson, Clayton Shareholders' Litigation	519 A.2d 669 (1986)	361
Re Laidlaw Foundation	(1984), 13 D.L.R. (4th) 491	237
Re Morris and Morris	(1973), 42 D.L.R. (3d) 550	630, 655
Re Nottage	[1895] 2 Ch. 649	237
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	329
Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.	[1993] 1 S.C.R. 252	377

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Reynen v. Canada	(1993), 70 F.T.R. 158	183
Reza v. Canada	[1994] 2 S.C.R. 394	316
Ritchie v. Sawmill Creek Golf & Country Club Ltd.	(2004), 35 C.P.R. (4th) 163	42
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	128
Robertson v. Thomson Corp.	[2006] 2 S.C.R. 363, 2006 SCC 43	42, 50, 75
Ross v. New Brunswick School District No. 15	[1996] 1 S.C.R. 825	638
Rothman v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 640	421
Rousseau v. 2732-1678 Québec inc.	[1999] R.D.I. 565	478
Rousseau v. Gagnon	[1987] R.J.Q. 40	478
Roviaro v. United States	353 U.S. 53 (1957)	312
Rowe v. The King	[1951] S.C.R. 713	12
Rubin v. Rubin	348 N.Y.S.2d 61 (1973)	644
Ruby v. Canada (Solicitor General)	[2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75	274
Rufo v. Simpson	103 Cal.Rptr.2d 492 (2001)	163
Ryan v. Victoria (City)	[1999] 1 S.C.R. 201	164

S

Sabag v. Supreme Rabbinical Court of Appeals	H.C. 6751/04, 59(4) P.D. 817	644
Saharkhiz v. Underwriters, Members of Lloyd's, London, England	(1999), 46 O.R. (3d) 154	382
Samson & Filion v. Davie Shipbuilding & Repairing Co.	[1925] S.C.R. 202	488
Savage v. Chief Constable of Hampshire	[1997] 1 W.L.R. 1061	270
Schertz v. Waupaca County	875 F.2d 578 (1989)	184
Schwartz v. Schwartz	583 N.Y.S.2d 716 (1992)	664
Scott v. Scott	[1913] A.C. 417	273
Segal v. Segal	650 A.2d 996 (1994)	665
Serbian Eastern Orthodox Diocese for the United States of America and Canada v. Milivojevich	426 U.S. 696 (1976)	663
Shaw v. Digital Equipment Corp.	82 F.3d 1194 (1996)	349
Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.	(2003), 64 O.R. (3d) 533	687
Shell Canada Ltd. v. Canada	[1999] 3 S.C.R. 622	229
Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)	[2002] 2 S.C.R. 522, 2002 SCC 41	295
Simpson v. Attorney General	[1994] 3 N.Z.L.R. 667	184
Société en commandite A.C. enr. v. Wadieh	[1997] R.D.I. 345	478
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers	[2004] 2 S.C.R. 427, 2004 SCC 45	60
Spector v. Ageda	[1971] 3 All E.R. 417	322
Spencer v. Alaska Packers Association	(1904), 35 S.C.R. 362	588
Stevens v. Fredericton (City)	(1999), 212 N.B.R. (2d) 264	183
Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.	[1956] S.C.R. 936	388, 403
Strother v. 3464920 Canada Inc.	[2007] 2 S.C.R. 177, 2007 SCC 24	322
Sullivan v. Moody	(2001), 207 C.L.R. 562, [2001] HCA 59	103, 184
Syndicat Northcrest v. Amselem	[2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47	627, 658

T

Tame v. New South Wales	(2002), 191 A.L.R. 449, [2002] HCA 35	183
Temple Mount Faithful v. Jerusalem District Police Commander	H.C. 292/83, 38(2) P.D. 449	638, 666

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Tench v. Erskine	(2006), 244 N.S.R. (2d) 55, 2006 NSSC 115	379
Thacker v. Lavell	(1992), 40 M.V.R. (2d) 306	379
The King v. Assessors of the Town of Sunny Brae	[1952] 2 S.C.R. 76	233
Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.	[2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34	28, 58, 73
Thériault v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 336	559
Thomas v. Sorrell	(1673), Vaughan 330, 124 E.R. 1098	39
Thompson v. Olson	798 F.2d 552 (1986)	184
Tony's Broadloom & Floor Covering Ltd. v. NMC Canada Inc.	(1995), 22 O.R. (3d) 244	495
Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79	[2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63	163
Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario	[2005] 2 S.C.R. 188, 2005 SCC 41	295
Touchette v. Pizzagalli	[1938] S.C.R. 433	488
Trib. civ. Seine, February 22, 1957	Gaz. Pal. 1957.1.246	642
Trois Diamants Autos (1987) ltée v. M.G.B. Auto inc.	[2001] R.J.Q. 860	481
Trottier v. Robitaille	[1994] R.D.I. 537	478

U

Ukrainian Greek Orthodox Church of Canada v. Trustees of the Ukrainian Greek Orthodox Cathedral of St. Mary the Protectress	[1940] S.C.R. 586	657
United States Naval Institute v. Charter Communications, Inc.	936 F.2d 692 (1991)	45

V

Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women v. M.N.R.	[1999] 1 S.C.R. 10	225, 243
Vancouver Sun (Re)	[2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43	272, 295
Veilleux v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)	[1989] 1 S.C.R. 839	13
Vijeyekumar v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.	(1999), 44 O.R. (3d) 545	382

W

Wallace v. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 701	68
Waxstein v. Waxstein	395 N.Y.S.2d 877 (1976)	644
Wilson v. State of New South Wales	(2001), 53 N.S.W.L.R. 407, [2001] NSWSC 869	183
Wu v. Malamas	(1985), 67 B.C.L.R. 105	388
Wu v. The King	[1934] S.C.R. 609	590

Y

Yosifof v. Attorney-General	Cr. A. 112/50, 5 P.D. 481	666
Young v. The Queen	[1981] 2 S.C.R. 39	559
Young v. Young	[1993] 4 S.C.R. 3	99, 638

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE — RENVOI — PAGE

A

A & M Records of Canada Ltd. c. Millbank Music Corp. ..... (1984), 1 C.P.R. (3d) 354 37
A.A.D. c. Tanner ..... (2004), 188 Man. R. (2d) 15, 2004 MBQB 213 183
A.N. c. Saskatchewan (Minister of Social Services) ..... (1988), 68 Sask. R. 24 99
Al's Steak House & Tavern Inc. c. Deloitte & Touche ..... (1994), 20 O.R. (3d) 673 183
Alchimowicz c. Continental Insurance Co. of Canada ..... (1996), 37 C.C.L.I. (2d) 284 401
Alexandrou c. Oxford ..... [1993] 4 All E.R. 328 183
Ambard c. Attorney-General for Trinidad and Tobago ..... [1936] A.C. 322 273
Amlani c. Hirani ..... (2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653 ..... 629, 656
Amos c. Insurance Corp. of British Columbia ..... [1995] 3 R.C.S. 405 ..... 377, 399
Anns c. Merton London Borough Council ..... [1978] A.C. 728 ..... 92, 145, 181
Architectronics, Inc. c. Control Systems, Inc. ..... 935 F.Supp. 425 (1996) 45
AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) ..... [2006] 2 R.C.S. 560, 2006 CSC 49 62
Aubry c. Éditions Vice-Versa inc. ..... [1998] 1 R.C.S. 591 640
Auto Peliss ltée c. Proulx Pontiac Buick ltée ..... [2001] R.J.Q. 856 481
Avery c. Canada (Attorney General) ..... [2004] A.N.-B. nº 391 (QL), 2004 NBQB 372 183
Avitzur c. Avitzur ..... 459 N.Y.S.2d 572 (1983) 644, 664
Axa Insurance c. Dominion of Canada General Insurance Co. ..... (2004), 73 O.R. (3d) 391 387
Azoulay c. The Queen ..... [1952] 2 R.C.S. 495 ..... 558, 588

B

B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto ..... [1995] 1 R.C.S. 315 638
Babcock c. Canada (Procureur général) ..... [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57 310
Bailey c. United States ..... 516 U.S. 137 (1995) 12
Banque de Montréal c. Bail Ltée ..... [1992] 2 R.C.S. 554 504
Beckstead c. Ottawa (City) Chief of Police ..... (1997), 37 O.R. (3d) 62 181
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex ..... [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42 28
Bergeron c. Proulx ..... [1967] C.S. 579 659
Bertrand c. Pelletier ..... [1997] R.D.I. 321 478
Bisaillon c. Keable ..... [1983] 2 R.C.S. 60 ..... 267, 308
Bishop c. Stevens ..... [1990] 2 R.C.S. 467 ..... 28, 74
Blackburn c. Alabama ..... 361 U.S. 199 (1960) 422
Blandino c. Colagiacomo ..... [1989] R.D.I. 148 490
Bouchet c. Kyriacopoulos ..... (1964), 45 C.P.R. 265 75
Boudreau c. The King ..... [1949] R.C.S. 262 423
Bray c. Ford ..... [1896] A.C. 44 588

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Brett c. Brett	[1969] 1 All E.R. 1007	643, 662
British Actors Film Co. c. Glover	[1918] 1 K.B. 299	76
British Leyland Motor Corp. c. Armstrong Patents Co.	[1986] 1 All E.R. 850	67
Brooks c. Commissioner of Police of the Metropolis	[2005] 1 W.L.R. 1495, [2005] UKHL 24	160, 183

C

Calveley c. Chief Constable of the Merseyside Police	[1989] 1 All E.R. 1025	183
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass	[1997] 3 R.C.S. 391	316
Canada (Procureur général) c. Mossop	[1993] 1 R.C.S. 554	128
Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 122	295
Canadien Pacifique Ltée c. Communauté urbaine de Montréal	[2001] 3 R.C.S. 426, 2001 CSC 74	127
Castle Rock c. Gonzales	125 S.Ct. 2796 (2005)	184
Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)	[1994] 2 R.C.S. 165	99
CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada	[2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13	28, 55, 74
Chan c. Insurance Corp. of British Columbia	[1996] 4 W.W.R. 734	389
Chartier c. Procureur général du Québec	[1979] 2 R.C.S. 474	157
Children's Aid Society for the District of Ottawa-Carleton c. L.H.	[1994] O.J. No. 2501 (QL)	99
Children's Aid Society of Brockville Leeds & Grenville c. C.	2001 CarswellOnt 1504	99
Children's Aid Society of Halifax c. C.M.N.	(1989), 91 N.S.R. (2d) 232	99
Children's Aid Society of Halifax c. S.F.	(1992), 110 N.S.R. (2d) 159	99
Children's Aid Society of Hamilton-Wentworth c. R. (K.)	2003 CarswellOnt 2929	99
Children's Aid Society of Ottawa - Carleton c. D.L.	[1995] O.J. No. 693 (QL)	99
Childs c. Desormeaux	[2006] 1 R.C.S. 643, 2006 CSC 18	92, 146, 181
Chisholm c. Liberty Mutual Group	(2002), 60 O.R. (3d) 776	387, 403
Christiaenssens c. Rigault	[2006] J.Q. nº 5765 (QL), 2006 QCCA 853	674
Christian Education South Africa c. Minister of Education	(2000), 10 B. Const. L.R. 1051	638
Cie d'assurance générale de commerce c. Legault[	1968] B.R. 505	388
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 R.C.S. 1021	147
Citadelle, Cie d'assurances générales c. Vytlingam	[2007] 3 R.C.S. 373, 2007 CSC 46	403
Civ. 1re, 19 janvier 1965	D. 1965.389, obs. Cornu	494
Civ. 1re, 24 novembre 1954	J.C.P. 1955.II.8565, obs. H. B.	494
Civ. 2e, 13 décembre 1972	D. 1973.493	643
Civ. 2e, 15 juin 1988	Bull. civ. II, nº 146	661
Civ. 2e, 21 avril 1982	Bull. civ. II, nº 62	661
Civ. 2e, 21 novembre 1990	D. 1991.434	661
Civ. 2e, 5 juin 1985	J.C.P. 1987.II.20728	661
Civ. 3e, 30 octobre 1978	J.C.P. 1979.II.19178	494
Clarke, Irwin & Co. c. C. Cole & Co.	(1960), 33 C.P.R. 173	37
Cloutier c. Létourneau	[1993] R.L. 530	478
Collie Woollen Mills Ltd. c. Canada	[1996] A.C.F. nº 193 (QL)	183
Collier c. Insurance Corp. of British Columbia	(1995), 100 B.C.L.R. (2d) 201	386

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Com., 6 novembre 1978	J.C.P. 1979.II.19178, obs. Ghestin	494
Com., 8 octobre 1973	J.C.P. 1975.II.17927, obs. Ghestin	494
Commissioners for Special Purposes of the Income Tax c. Pemsel	[1891] A.C. 531	233, 243
Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.	[1980] 1 R.C.S. 357	28, 73
Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)	[2004] 2 R.C.S. 650, 2004 CSC 48	655
Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1992] 1 R.C.S. 236	128
Continental Stress Relieving Services Ltd. c. Canada West Insurance Co. of Canada	(1998), 221 A.R. 160, 1998 ABQB 387	379
Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)	[1996] 3 R.C.S. 854	329
Cooper c. Hobart	[2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79	92, 146, 181
Cooper c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 1149	562
Courtney c. State of Tasmania	[2000] TASSC 83	183
Cowan c. Chief Constable of the Avon and Somerset Constabulary	[2001] E.W.J. No. 5088 (QL), [2001] EWCA Civ 1699	183
Cran c. State of New South Wales	(2004), 62 N.S.W.L.R. 95, [2004] NSWCA 92	184
Curé et marguilliers de l'œuvre et fabrique de la paroisse de St-Zacharie c. Morin	[1968] C.S. 615	659

D

D. c. France	requête n° 10180/82, 6 décembre 1983, D.R. 35, p. 199	642
D.P.P. c. Beard	[1920] A.C. 479	547
D'Aguiar c. Guyana Commissioner of Inland Revenue	[1970] T.R. 31	233
Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	274, 295
Derksen c. 539938 Ontario Ltd.	[2001] 3 R.C.S. 398, 2001 CSC 72	403
Desgagné c. Fabrique de St-Philippe d'Arvida	[1984] 1 R.C.S. 19	477
Despatie c. Tremblay	(1921), 47 B.R. 305	656
Dickerson c. United States	530 U.S. 428 (2000)	449
Dictionnaires Robert Canada S.C.C. c. Librairie du Nomade Inc.	(1987), 11 F.T.R. 44	37
Dix c. Canada (Attorney General)	(2002), 315 A.R. 1, 2002 ABQB 580	183
Donoghue c. Stevenson	[1932] A.C. 562	93, 146
Dorset Yacht Co. c. Home Office	[1970] A.C. 1004	192
Duke c. State of New South Wales	[2005] NSWSC 632	184
Dunlop c. La Reine	[1979] 2 R.C.S. 881	517
Dynabec Ltée c. Société d'informatique R.D.G. Inc.	[1985] C.A. 236	76

E

Éditions de la Table ronde s.a. c. Cousture	[1995] A.Q. n° 1519 (QL)	76
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)	[1989] 2 R.C.S. 1326	273, 295
Edwards c. Barreau du Haut-Canada	[2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80	92, 146, 181
Elsom c. Elsom	[1989] 1 R.C.S. 1367	315
Emanuele c. Hedley	(1997), 137 F.L.R. 339	183

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 R.C.S. 888	401

F

F. (B.) c. Children's Aid Society of Kingston (City)	1995 CarswellOnt 2154	99
Family Youth and Child Services of Muskoka c. N.C.	[2004] O.J. No. 1733 (QL)	99
Fly by Nite Music Co. c. Record Wherehouse Ltd.	[1975] C.F. 386	37
Folland c. Reardon	(2005), 74 O.R. (3d) 688	166
Fonds Gabrielle Roy c. Éditions internationales Alain Stanké ltée	[1993] J.Q. nº 2525 (QL)	76
Frame c. Smith	[1987] 2 R.C.S. 99	669
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)	[1992] 1 R.C.S. 3	316

G

Garage Robert inc. c. 2426-9888 Québec inc.	[2001] R.J.Q. 865	481
Gardner c. Rusch	(1999), 179 D.L.R. (4th) 336	103
Gariepy c. Shell Oil Co.	(2002), 23 C.P.C. (5th) 393	364
Garland c. Consumers' Gas Co.	[2004] 1 R.C.S. 629, 2004 CSC 25	691
General Motors Products of Canada c. Kravitz	[1979] 1 R.C.S. 790	481
Giahn c. Giahn	N.Y. Sup. Ct., 13 avril 2000	664
Greenhalgh c. ING Halifax Insurance Co.	(2004), 72 O.R. (3d) 338	386
Gregoire c. Biddle	177 F.2d 579 (1949)	184
Gregory c. Gollan	[2006] NZHC 426	184
Griggs Group Ltd. c. Evans	[2004] F.S.R. 31, [2003] EWHC 2914	46
Gruber c. Backhouse	(2003), 190 F.L.R. 122, [2003] ACTSC 18	184
Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.	[1999] 3 R.C.S. 423	495
Guaranty Trust Co. of Canada c. Minister of National Revenue	[1967] R.C.S. 133	233

H

H.L. c. Canada (Procureur général)	[2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25	359
Haig c. Canada (Directeur général des élections)	[1993] 2 R.C.S. 995	655
Henry c. R.	[1990] R.J.Q. 2455	322
Herbison c. Lumbermens Mutual Casualty Co.	(2005), 76 O.R. (3d) 81	386
Hill c. Chief Constable of West Yorkshire	[1988] 2 All E.R. 238	160, 183
Hiscock c. R.	[1992] R.J.Q. 895	310
Holdbrook c. Emeneau	(2000), 204 N.S.R. (2d) 96, 2000 NSCA 48	379
Houle c. Banque canadienne nationale	[1990] 3 R.C.S. 122	68
Hunt c. Carey Canada Inc.	[1990] 2 R.C.S. 959	90
Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée	[1989] 1 R.C.S. 426	496
Hypothèques Trustco Canada c. Canada	[2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54	229

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE

I

In re Mariette	[1915] 2 Ch. 284	237
In the Marriage of Shulsinger	(1977), 13 A.L.R. 537	643
In the Marriage of Steinmetz	(1980), 6 F.L.R. 554	643
Inland Revenue Commissioners c. City of Glasgow Police Athletic Association	[1953] 1 All E.R. 747	238
Inland Revenue Commissioners c. McMullen	[1981] A.C. 1	237

J

Jane Doe c. John Doe	Trib. fam. Jm., 19270/03, 21 décembre 2004	644, 667
Jane Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police	(1990), 72 D.L.R. (4th) 580	187
Jane Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police	(1998), 160 D.L.R. (4th) 697	149, 185
Jauvin c. Procureur général du Québec	[2004] R.R.A. 37	165, 213
Jenkins c. Foley	(2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 257, 2002 NFCA 46	495
Jenkins c. Zurich Insurance Canada	(1997), 193 R.N.-B. (2e) 135	387
Jove c. Paialunga Estate	(1997), 42 B.C.L.R. (3d) 309	379

K

Kaddoura c. Hammoud	(1998), 168 D.L.R. (4th) 503	656
Kamloops (Ville de) c. Nielsen	[1984] 2 R.C.S. 2	92
Kangas c. Aetna Casualty & Surety Co.	235 N.W.2d 42 (1975)	401
Kelly c. Curtis	21 F.3d 1544 (1994)	184
Kelsey c. The Queen	[1953] 1 R.C.S. 220	589
King c. Low	[1985] 1 R.C.S. 87	99
Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.	[2005] 3 R.C.S. 302, 2005 CSC 65	31, 61
Kleysen c. Canada (Attorney General)	(2001), 159 Man. R. (2d) 17, 2001 MBQB 205	183
Kompare c. Stein	801 F.2d 883 (1986)	184
Krug c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 255	10

L

Lacombe c. André	[2003] R.J.Q. 720	165, 213
Laing c. Commissioner of Stamp Duties	[1948] N.Z.L.R. 154	238
Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer	[1992] 3 R.C.S. 165	629, 658
Lapointe c. Hôpital Le Gardeur	[1992] 1 R.C.S. 351	166
Law, Union & Rock Insurance Co. c. Moore's Taxi Ltd.	[1960] R.C.S. 80	387
Leary c. La Reine	[1978] 1 R.C.S. 29	548
Lefor (Litigation guardian of) c. McClure	(2000), 49 O.R. (3d) 557	388, 400
Leskun c. Leskun	[2006] 1 R.C.S. 920, 2006 CSC 25	663

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes	[1993] 3 R.C.S. 724	329
Lindenburger c. United Church of Canada	(1985), 10 O.A.C. 191	629
London & Lancashire Guarantee & Accident Co. of Canada c. Cie F.X. Drolet	[1944] R.C.S. 82	492

M

M. (N.M.) c. M. (N.S.)	(2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346	629, 656
M. c. Newham London Borough Council	[1994] 2 W.L.R. 554	103
Maccabi Canada c. Canada (Ministre du Revenu national)	[1998] A.C.F. nº 896 (QL)	228, 245
Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise	[2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68	360
Manac inc./Nortex c. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada	[2006] R.R.A. 879	490
Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.	(1998), 42 O.R. (3d) 177	359
Marquis c. Saltsman	J.E. 2002-1729, SOQUIJ AZ-50143509	478
Mathys c. Demers	[1968] C.S. 172	659
McCaw c. United Church of Canada	(1991), 4 O.R. (3d) 481	629
McGillivary c. Nouveau-Brunswick	(1994), 149 R.N.-B. (2e) 311	183
McGuigan c. La Reine	[1982] 1 R.C.S. 284	10
Michigan c. Mosley	423 U.S. 96 (1975)	449
Minkin c. Minkin	434 A.2d 665 (1981)	644
Miranda c. Arizona	384 U.S. 436 (1966)	448
Miron c. Trudel	[1995] 2 R.C.S. 418	329
Moyes c. Fortune Financial Corp.	(2002), 61 O.R. (3d) 770	364
Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	[2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6	638

N

Nathoo c. Nathoo	[1996] B.C.J. No. 2720 (QL)	629, 656
Nixon c. Warner Communications, Inc.	435 U.S. 589 (1978)	273
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L. (M.)	[1998] 2 R.C.S. 534	99

O

Oakwood Construction Inc. c. Ratthé	[1993] R.D.I. 181	490
Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson	[1998] 3 R.C.S. 157	444
Oppenheim c. Forestiers R.P.G.M. inc.	J.E. 2002-1197, SOQUIJ AZ-50133145	490
Orfus Realty c. D.G. Jewellery of Canada Ltd.	(1995), 24 O.R. (3d) 379	324
Orsatti c. New Jersey State Police	71 F.3d 480 (1995)	184
Osman c. Ferguson	[1993] 4 All E.R. 344	183
Ouaknine c. Elbilia	[1981] C.S. 32	657
Ouellette c. Gingras	[1972] C.A. 247	659

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE

P

P. (D.) c. S. (C.)	[1993] 4 R.C.S. 141	638
P.S. c. Batth	[1997] O.J. No. 4089 (QL)	103
Paal Wilson & Co. A/S c. Partenreederei Hannah Blumenthal	[1983] 1 All E.R. 34	687
Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)	[2004] 3 R.C.S. 575, 2004 CSC 75	691
Pappajohn c. La Reine	[1980] 2 R.C.S. 120	590
Parlby Construction Ltd. c. Stewart Equipment Co.	[1972] 1 W.W.R. 503	495
Paulus c. Robinson	(1991), 60 B.C.L.R. (2d) 116	379
Pettkus c. Becker	[1980] 2 R.C.S. 834	691
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 R.C.S. 557	348
Placement Jacpar Inc. c. Benzakour	[1989] R.J.Q. 2309	478
Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)	[2006] 1 R.C.S. 715, 2006 CSC 20	229
Poirier c. Martucelli	[1995] R.D.I. 319	478
Powell c. Chief Constable of North Wales Constabulary	[1999] E.W.J. No. 6844 (QL)	270

R

R. c. Beare	[1988] 2 R.C.S. 387	196
R. c. Beaudry	[2007] 1 R.C.S. 190, 2007 CSC 5	196, 521
R. c. Belair	(1981), 24 C.R. (3d) 133	10
R. c. Bernard	[1988] 2 R.C.S. 833	548
R. c. Bernshaw	[1995] 1 R.C.S. 254	113, 117
R. c. Berrigan	(1998), 127 C.C.C. (3d) 120	557, 593
R. c. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 R.C.S. 295	637
R. c. Brown	[2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32	271
R. c. C.G.	[2004] O.J. No. 229 (QL)	432
R. c. Canute	(1993), 80 C.C.C. (3d) 403	543, 596
R. c. Carosella	[1997] 1 R.C.S. 80	316
R. c. Chang	(1989), 50 C.C.C. (3d) 413	11
R. c. Clayton-Wright	(1948), 33 Cr. App. R. 22	589
R. c. Collins	(1907), 38 N.B.R. 218	451, 562
R. c. Courtereille	(2001), 40 C.R. (5th) 338	584
R. c. Covin	[1983] 1 R.C.S. 725	10
R. c. Daviault	[1994] 3 R.C.S. 63	548
R. c. Davies	(1982), 1 C.C.C. (3d) 299	272
R. c. Dell	(2005), 194 C.C.C. (3d) 321	284
R. c. Demeter	(1975), 25 C.C.C. (2d) 417	559
R. c. Eliuk	(2002), 299 A.R. 364, 2002 ABCA 85	116
R. c. Esposito	(1985), 24 C.C.C. (3d) 88	423
R. c. Fitton	[1956] R.C.S. 958	423
R. c. Gagnon	(1995), 86 O.A.C. 381	11
R. c. Gagnon	[2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17	113
R. c. Gairdner	(1999), 40 M.V.R. (3d) 133	116
R. c. George	[1960] R.C.S. 871	548
R. c. Girard	[1996] R.J.Q. 1585	559
R. c. Good	(1998), 102 B.C.A.C. 177	585
R. c. Grandinetti	[2005] 1 R.C.S. 27, 2005 CSC 5	430
R. c. Griffin	(1996), 111 C.C.C. (3d) 567	11

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. Guess	(2000), 148 C.C.C. (3d) 321	323
R. c. Hannon	(2001), 159 C.C.C. (3d) 86, 2001 BCCA 566	557, 594
R. c. Hebert	[1990] 2 R.C.S. 151	411, 439
R. c. Hunter	(1987), 57 C.R. (3d) 1	267, 305
R. c. Jack	(1993), 88 Man. R. (2d) 93	560
R. c. Jacquard	[1997] 1 R.C.S. 314	113, 546
R. c. Jones	[1994] 2 R.C.S. 229	418
R. c. Langevin	(1979), 47 C.C.C. (2d) 138	10
R. c. Lawrence	[2001] O.J. No. 5776 (QL)	305
R. c. Leipert	[1997] 1 R.C.S. 281	267, 307
R. c. Lemky	[1996] 1 R.C.S. 757	581, 593
R. c. MacKay	[2005] 3 R.C.S. 607, 2005 CSC 75	589
R. c. MacKinlay	(1986), 28 C.C.C. (3d) 306	543
R. c. Manninen	[1987] 1 R.C.S. 1233	446
R. c. McKay	(2003), 16 C.R. (6th) 347, 2003 MBQB 141	446
R. c. Mentuck	[2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76	274, 295
R. c. Neufeld	[1984] O.J. No. 1747 (QL)	12
R. c. O.N.E.	[2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77	295
R. c. Oakes	[1986] 1 R.C.S. 103	274, 301
R. c. Oickle	[2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38	411, 443
R. c. Otis	[2000] R.J.Q. 2828	435, 444
R. c. Pedersen	(2004), 193 B.C.A.C. 206, 2004 BCCA 64	116
R. c. Quon	[1948] R.C.S. 508	11
R. c. Regan	[2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12	316
R. c. Robinson	[1996] 1 R.C.S. 683	550, 593
R. c. Salituro	[1991] 3 R.C.S. 654	225, 314
R. c. Saskatchewan Wheat Pool	[1983] 1 R.C.S. 205	164
R. c. Scott	[1990] 3 R.C.S. 979	272, 308
R. c. Scott	(2000), 145 C.C.C. (3d) 52	10
R. c. Seymour	[1996] 2 R.C.S. 252	555, 593
R. c. Sheppard	[2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26	113, 175
R. c. Simpson	(1999), 125 B.C.A.C. 44, 1999 BCCA 310	558
R. c. Stillman	[1997] 1 R.C.S. 607	451
R. c. Stinchcombe	[1991] 3 R.C.S. 326	271
R. c. Stone	[1999] 2 R.C.S. 290	549
R. c. Storrey	[1990] 1 R.C.S. 241	198
R. c. Switzer	(1987), 32 C.C.C. (3d) 303	11
R. c. Tipewan	[1998] S.J. n° 681 (QL)	575
R. c. Turcotte	[2005] 2 R.C.S. 519, 2005 CSC 50	420
R. c. Turner	(2004), 1 M.V.R. (5th) 191	116
R. c. W. (D.)	[1991] 1 R.C.S. 742	585
R. c. White	[1999] 2 R.C.S. 417	420
R. c. Whittle	[1994] 2 R.C.S. 914	420
R. c. Yebes	[1987] 2 R.C.S. 168	512
R. (S.B.) c. Governors of Denbigh High School	[2007] 1 A.C. 100, [2006] UKHL 15	662

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. & A. Bailey & Co. c. Boccaccio Pty. Ltd.	(1986), 84 F.L.R. 232	53
R. G. McLean Ltd. c. Canadian Vickers Ltd.	[1971] 1 O.R. 207	496
Re Anderson, Clayton Shareholders' Litigation	519 A.2d 669 (1986)	361
Re Laidlaw Foundation	(1984), 13 D.L.R. (4th) 491	237
Re Morris and Morris	(1973), 42 D.L.R. (3d) 550	630, 655
Re Nottage	[1895] 2 Ch. 649	237
Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.	[1993] 1 R.C.S. 252	377
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	329
Reynen c. Canada	[1993] A.C.F. n° 1028 (QL)	183
Reza c. Canada	[1994] 2 R.C.S. 394	316
Ritchie c. Sawmill Creek Golf & Country Club Ltd.	(2004), 35 C.P.R. (4th) 163	42
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 R.C.S. 27	128
Robertson c. Thomson Corp.	[2006] 2 R.C.S. 363, 2006 CSC 43	42, 50, 75
Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick	[1996] 1 R.C.S. 825	638
Rothman c. La Reine	[1981] 1 R.C.S. 640	421
Rousseau c. 2732-1678 Québec inc.	[1999] R.D.I. 565	478
Rousseau c. Gagnon	[1987] R.J.Q. 40	478
Roviaro c. United States	353 U.S. 53 (1957)	312
Rowe c. The King	[1951] R.C.S. 713	12
Rubin c. Rubin	348 N.Y.S.2d 61 (1973)	644
Ruby c. Canada (Solliciteur général)	[2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75	274
Rufo c. Simpson	103 Cal.Rptr.2d 492 (2001)	163
Ryan c. Victoria (Ville)	[1999] 1 R.C.S. 201	164

S

S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.	[2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8	314
Sabag c. Supreme Rabbinical Court of Appeals,	H.C. 6751/04, 59(4) P.D. 817	644
Saharkhiz c. Underwriters, Members of Lloyd's, London, England	(1999), 46 O.R. (3d) 154	382
Samson & Filion c. Davie Shipbuilding & Repairing Co.	[1925] R.C.S. 202	488
Savage c. Chief Constable of Hampshire	[1997] 1 W.L.R. 1061	270
Schertz c. Waupaca County	875 F.2d 578 (1989)	184
Schwartz c. Schwartz	583 N.Y.S.2d 716 (1992)	664
Scott c. Scott	[1913] A.C. 417	273
Segal c. Segal	650 A.2d 996 (1994)	665
Serbian Eastern Orthodox Diocese for the United States of America and Canada c. Milivojevich	426 U.S. 696 (1976)	663
Shaw c. Digital Equipment Corp.	82 F.3d 1194 (1996)	349
Shelanu Inc. c. Print Three Franchising Corp.	(2003), 64 O.R. (3d) 533	687
Shell Canada Ltée c. Canada	[1999] 3 R.C.S. 622	229
Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)	[2002] 2 R.C.S. 522, 2002 CSC 41	295
Simpson c. Attorney General	[1994] 3 N.Z.L.R. 667	184
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet	[2004] 2 R.C.S. 427, 2004 CSC 45	60
Société en commandite A.C. enr. c. Wadieh	[1997] R.D.I. 345	478
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 480	273, 295
Spector c. Ageda	[1971] 3 All E.R. 417	322

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Spencer c. Alaska Packers Association	(1904), 35 R.C.S. 362	588
Stevens c. Fredericton (Ville)	(1999), 212 R.N.-B. (2e) 264	183
Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.	[1956] R.C.S. 936	388, 403
Strother c. 3464920 Canada Inc.	[2007] 2 R.C.S. 177, 2007 CSC 24	322
Succession Odhavji c. Woodhouse	[2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69	146, 181
Sullivan c. Moody	(2001), 207 C.L.R. 562, [2001] HCA 59	103, 184
Syndicat Northcrest c. Amselem	[2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47	627, 658

T

Tame c. New South Wales	(2002), 191 A.L.R. 449, [2002] HCA 35	183
Temple Mount Faithful c. Jerusalem District Police Commander	H.C. 292/83, 38(2) P.D. 449	638, 666
Tench c. Erskine	(2006), 244 N.S.R. (2d) 55, 2006 NSSC 115	379
Thacker c. Lavell	(1992), 40 M.V.R. (2d) 306	379
The King c. Assessors of the Town of Sunny Brae	[1952] 2 R.C.S. 76	233
Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.	[2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34	28, 58, 73
Thériault c. La Reine	[1981] 1 R.C.S. 336	559
Thomas c. Sorrell	(1673), Vaughan 330, 124 E.R. 1098	39
Thompson c. Olson	798 F.2d 552 (1986)	184
Timm c. La Reine	[1998] R.J.Q. 3000	450
Tony's Broadloom & Floor Covering Ltd. c. NMC Canada Inc.	(1995), 22 O.R. (3d) 244	495
Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79	[2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63	163
Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario	[2005] 2 R.C.S. 188, 2005 CSC 41	295
Touchette c. Pizzagalli	[1938] R.C.S. 433	488
Trib. civ. Seine, 22 février 1957	Gaz. Pal. 1957.1.246	642
Trois Diamants Autos (1987) ltée c. M.G.B. Auto inc.	[2001] R.J.Q. 860	481
Trottier c. Robitaille	[1994] R.D.I. 537	478

U

Ukrainian Greek Orthodox Church of Canada c. Trustees of the Ukrainian Greek Orthodox Cathedral of St. Mary the Protectress	[1940] R.C.S. 586	657
United States Naval Institute c. Charter Communications, Inc.	936 F.2d 692 (1991)	45

V

Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. M.R.N.	[1999] 1 R.C.S. 10	225, 243
Vancouver Sun (Re)	[2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43	272, 295
Veilleux c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)	[1989] 1 R.C.S. 839	13
Vijeyekumar c. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.	(1999), 44 O.R. (3d) 545	382

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE

W

Wallace c. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 R.C.S. 701	68
Waxstein c. Waxstein	395 N.Y.S.2d 877 (1976)	644
Wilson c. State of New South Wales	(2001), 53 N.S.W.L.R. 407, [2001] NSWSC 869	183
Wu c. Malamas	(1985), 67 B.C.L.R. 105	388
Wu c. The King	[1934] R.C.S. 609	590

Y

Yosifof c. Attorney-General	Cr. A. 112/50, 5 P.D. 481	666
Young c. La Reine	[1981] 2 R.C.S. 39	559
Young c. Young	[1993] 4 R.C.S. 3	99, 638

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

A

Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57
s. 83 461
s. 85 461

C

Canadian Charter of Rights and Freedoms
s. 7 405

Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12
s. 3 607
s. 9.1 607

Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11
s. 1 83
s. 37(3) 83

Civil Code of Lower Canada
art. 982 607
art. 983 607
art. 984 607
art. 1527 461

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64
art. 1373 607
art. 1385 607
art. 1412 607
art. 1413 607

Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6
s. 31 331

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42
s. 27 20

Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43
s. 131 331

PAGE

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46
s. 21 3
s. 85 3
s. 139(2) 510
s. 229(1)(a)(ii) 523
s. 254(3) 108
s. 686(1)(a)(i) 510, 514

I

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)
s. 149.1(1) 217
s. 248(1) 217

Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8
s. 239(1) 373, 393

M

Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318
s. 86 371

R

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194
r. 21.01(1)(b) 83

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156
Rule 18(5) 124

S

Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5
s. 1 331
s. 57(1) 331
s. 130(1) 331

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

C

Charte canadienne des droits et libertés
art. 7 405

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12
art. 3 607
art. 9.1 607

Code civil du Bas Canada
art. 982 607
art. 983 607
art. 984 607
art. 1527 461

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64
art. 1373 607
art. 1385 607
art. 1412 607
art. 1413 607

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46
art. 21 3
art. 85 3
art. 139(2) 510
art. 229(1)(a)(ii) 523
art. 254(3) 108
art. 686(1)a)(i) 510, 514

L

Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6
art. 31 331

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.)
art. 149.1(1) 217
art. 248(1) 217

PAGE

Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57
art. 83 461
art. 85 461

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42
art. 27 20

Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8
art. 239(1) 373, 393

Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.R.O. 1990, ch. C.11
art. 1 83
art. 37(3) 83

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43
art. 131 331

Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5
art. 1 331
art. 57(1) 331
art. 130(1) 331

M

Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318
art. 86 371

R

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194
r. 21.01(1)b) 83

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156
art. 18(5) 124

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGE

Agostini, Éric. Note sous Civ. 2e, 5 juin 1985, J.C.P. 1987.II.20728. 661

Agostini, Éric. Note sous Civ. 2e, 21 novembre 1990, D. 1991.434. 661

Atlan, Gabrielle. *Les Juifs et le divorce : Droit, histoire et sociologie du divorce religieux.* New York : Peter Lang, 2002. .....

Bala, Nicholas. "Child Welfare Law in Canada: An Introduction", in N. Bala et al., eds., *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State*, 2nd ed. Toronto: Thompson Educational, 2004, 1. 101

Bala, Nicholas. "The Best Interests of the Child in the Post-Modernist Era: A Central but Illusive and Limited Concept", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2000: Family Law.* Toronto: LSUC, 1999, 3.1. 100

Barbier, Pierre. « Le problème du "Gueth" », *Gaz. Pal.* 1987.484. 661

Barnett, Adrienne. "Getting a 'Get' — The Limits of Law's Authority?: *N. v. N. (Jurisdiction: Pre-Nuptial Agreement)* [1999] 2 F.L.R. 745" (2000), 8 *Fem. Legal Stud.* 241. 663

Barreau du Québec. Cours de la formation professionnelle 1988-1989. *Droit civil et procédure civile*, vol. 3, *Contrats et vente.* « La vente 1 » par Jacques Deslauriers. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1988, 51. .. 485

Barret, Olivier. « Vente », dans P. Raynaud, dir., *Répertoire de droit civil*, t. X, 2e éd. Paris : Dalloz, 1979 (mise à jour 2007). 493

Baudouin et Jobin : Les obligations, 6e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005. 632

Bénabent, Alain. *Droit civil : Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 5e éd. Paris : Montchrestien, 2001. 493

Benjamin, Ben. "Judaism and the Laws of Divorce", [2001] *UCL Jurisprudence Rev.* 177. 664

Bentham, Jeremy. *Treatise on Judicial Evidence.* London: J. W. Paget, 1825. 297

Bently, L., and B. Sherman. *Intellectual Property Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. ... 46

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "use". 13

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769. 177

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1768. 295

Bleich, J. David. "Jewish Divorce: Judicial Misconceptions and Possible Means of Civil Enforcement" (1984), 16 *Conn. L. Rev.* 201. 617

PAGE

Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law.* Toronto: Emond Montgomery, 1993. 632

Burton, John Hill, ed. *Benthamiana: or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham, With an Outline of His Opinions on the Principal Subjects Discussed in His Works.* Edinburgh: William Tait, 1843. ... 273, 293

Canada. Agence du revenu. Énoncé de politique : « Enregistrement des associations canadiennes de sport amateur ». Numéro de référence CPS-011, en vigueur le 28 octobre 1996. 226

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2e sess., 28e lég., 23 avril 1970, p. 6235. ..... 226, 244

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2e sess., 34e lég., 15 février 1990, p. 8375-8377. ..... 618, 649

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 3e sess., 28e lég., 18 juin 1971, p. 6895. 226

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 2e sess., 34e lég., 4 mai 1990, p. 11033-11034. 620

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 3e sess., 28e lég., 25 octobre 1971, p. 9009. 226

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 56. *L'accès du public et des médias au processus pénal.* Ottawa : La Commission, 1987. 302

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada.* Ottawa : La Commission, 1996. 169

Canada. Department of Justice. *Guidelines: Compensation for Wrongfully Convicted and Imprisoned Persons.* Ottawa: Department of Justice, 1988. 201

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 28th Parl., April 23, 1970, p. 6235. ..... 226, 244

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 34th Parl., February 15, 1990, pp. 8375-77. ..... 618, 649

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VII, 1st Sess., 28th Parl., April 2, 1969, p. 7423. 228

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VII, 3rd Sess., 28th Parl., June 18, 1971, p. 6895. 226

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VIII, 2nd Sess., 34th Parl., May 4, 1990, pp. 11033-34. 620

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. IX, 3rd Sess., 28th Parl., October 25, 1971, p. 9009. 226

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 56. *Public and Media Access to the Criminal Process.* Ottawa: The Commission, 1987. 302

Canada. Ministère de la Justice. *Lignes directrices d'indemnisation des personnes condamnées et emprisonnées à tort.* Ottawa : Ministère de la Justice, 1988. 201

Canada. Revenue Agency. Policy Statement: "Registration of Canadian Amateur Athletic Associations". Reference Number CPS-011, effective October 28, 1996. 226

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada.* Ottawa: The Commission, 1996. 169

PAGE

Canadian Criminal Procedure (Annotations), 1952, ed. by A. E. Popple. Toronto: Carswell, 1953. 591

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, "use". 13

Capell, Heather Lynn. "After the Glass Has Shattered: A Comparative Analysis of Orthodox Jewish Divorce in the United States and Israel" (1998), 33 *Tex. Int'l L.J.* 331. 667

Chigier, M. "Ruminations Over the Agunah Problem" (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 207. 617

Chitty on Contracts, vol. 1, 29th ed. by H. G. Beale. London: Sweet & Maxwell, 2004. 686

Comparato, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris : Dalloz, 1964. 654

Cooper, Terrance Gilmour. *Crown Privilege*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990. 306

Cornu, Gérard, Observation sous Civ. 1re, 19 janvier 1965, *Rev. trim. dr. civ.* 1965.665. 494

Cornu, Gérard, Observation sous Com., 6 novembre 1978 et Civ. 3e, 30 octobre 1978, *Rev. trim. dr. civ.* 1979.392. 494

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999. 61

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. 61

Côté, Pierre-André, et Daniel Jutras. *Le droit transitoire civil : Sources annotées*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1994 (mise à jour février 2006, envoi no 17). 476

de Naurois, Louis. Observation sous Trib. civ. Metz, 27 avril 1955, Trib. civ. Grenoble, 7 mai 1958, Paris 1re, 4 février 1959, J.C.P. 1960.II.11632. 660

Delisle, Ronald Joseph, Don Stuart and David M. Tanovich. *Evidence: Principles and Problems*, 8th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007. 450

Der, Balfour Q. H. *The Jury — A Handbook of Law and Procedure*. Toronto: Butterworths, 1989 (loose-leaf ed. updated September 2006, Issue 23). 546

Drassinower, Abraham. "Taking User Rights Seriously". In Michael Geist, ed., *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*. Toronto: Irwin Law, 2005, 462. 59

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. ..... 28, 229

Eagles, Ian. "Evidentiary Protection for Informers — Policy or Privilege?" (1982), 6 *Crim. L.J.* 175. 313

Edwards, Jeffrey. *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1998. 480

Einhorn, Talia. "Jewish Divorce in the International Arena", in Jürgen Basedow et al., eds., *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification: Liber Amicorum Kurt Siehr*. The Hague: T.M.C. Asser, 2000, 135. 616

Federal/Provincial/Territorial Heads of Prosecutions Committee Working Group. *Report on the Prevention of Miscarriages of Justice*. Ottawa: Department Justice, 2004. 152

Ferguson, Gerry A., Michael R. Dambrot, and Elizabeth A. Bennett. *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, 4th ed. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2005 (loose-leaf ed. updated December 2006). 565

Freeman, M. D. A. "Jews and the Law of Divorce in England" (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 276. 617

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 5th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2006. 496

Garrison, Arthur H. "Law Enforcement Civil Liability under Federal Law and Attitudes on Civil Liability: A Survey of University, Municipal and State Police Officers" (1995), 18 *Police Stud.* 19. 160

PAGE

Glenn, H. Patrick. "Where Heavens Meet: The Compelling of Religious Divorces" (1980), 28 *Am. J. Comp. L.* 1. 616

Goldstein, Joseph, et al. *The Best Interests of the Child: The Least Detrimental Alternative*. New York: Free Press, 1996. 100

Granger, Christopher. *The Criminal Jury Trial in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996. 545

Greenawalt, Kent. "Religious Law and Civil Law: Using Secular Law to Assure Observance of Practices with Religious Significance" (1998), 71 *S. Cal. L. Rev.* 781. 663

Groupe de travail du Comité fédéral/provincial/territorial des chefs des poursuites pénales. *Rapport sur la prévention des erreurs judiciaires*. Ottawa : Ministère de la Justice, 2004. 153

Hall, Daniel E., et al., "Suing cops and corrections officers: Officer attitudes and experiences about civil liability" (2003), 26 *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management* 529. 160

Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated 2007, release 3). 269

Huet, Jérôme. *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd. Paris : L.G.D.J., 2001. 493

Hughes, Tom. "Police officers and civil liability: 'the ties that bind'?" (2001), 24 *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management* 240. 160

Jobin, Pierre-Gabriel. « Précis sur la vente », dans *La réforme du Code civil*, vol. 2, *Obligations, contrats nommés*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 359. 484

Judge, Kathryn. "Rethinking Copyright Misuse" (2004), 57 *Stan. L. Rev.* 901. 68

Kaiser, H. Archibald. "Wrongful Conviction and Imprisonment: Towards an End to the Compensatory Obstacle Course" (1989), 9 *Windsor Y.B. Access Just.* 96. 200

Karim, Vincent. *Les obligations*, 2e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2002. ..... 634, 673

Klar, Lewis N. *Tort Law*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2003. 164

Laddie, Hugh, et al. *The Modern Law of Copyright and Designs*, vol. 1, 3rd ed. London: Butterworths, 2000. 46

Lamontagne, Denys-Claude. *Droit de la vente*, Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1995. 490

Langelier, F. *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. V. Montréal : Wilson & Lafleur, 1909. 487

Lapidoth, Ruth. "Freedom of Religion and of Conscience in Israel" (1998), 47 *Cath. U. L. Rev.* 441. 666

Laroumet, Christian. Note sous Civ. 2e, 13 décembre 1972, D. 1973.493. 661

le Tourneau, Philippe. *La responsabilité civile*, 3e éd. Paris : Dalloz, 1982. 494

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham: Butterworths, 2006. 93

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*. Montréal : Thémis, 2006. 634

MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, 4th ed. Toronto: Thomson, 2006. 324

Manitoba. *Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell*. Winnipeg: Department of Justice, 2007. 215

Manitoba. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg: Manitoba Justice, 2001. ..... 152, 215

PAGE

Marin, René J. *Admissibility of Statements*, 9th ed. Aurora: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated 2006, release 11). 423

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/ Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2007, release 1). 75

Megarry, Robert Edgar. *A Manual of the Law of Real Property*, 8th ed. by A. J. Oakley. London: Sweet & Maxwell, 2002. 39

Meislin, Bernard J. "Pursuit of the Wife's Right to a 'Get' in United States and Canadian Courts" (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 250. 617

Mew, Graeme. *The Law of Limitations*, 2nd ed. Markham, Ont.: Lexis Nexis Butterworths, 2004. 174

Mignault, P.-B. *Le droit civil canadien*, t. VII. Montréal : Wilson & Lafleur, 1906. 487

Newfoundland and Labrador. *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes*. St. John's: Government of Newfoundland and Labrador, 2006. ..... 152, 215

Nimmer, Melville B., and David Nimmer. *Nimmer on Copyright*, vol 3. New York: Matthew Bender, 1981 (loose-leaf updated December 2006, release 71). 45

Nouvelle-Écosse. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution : Findings and Recommendations*. Halifax : The Commission, 1989. 215

Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989. 215

Ogilvie, M. H. *Religious Institutions and the Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2003. 628

Ontario. Ministère des Finances. Comité d'étude de cinq ans. *Rapport final du Comité d'étude de cinq ans : Examen de la Loi sur les valeurs mobilières (Ontario)*. Toronto : Ministère des Finances, 2003. 353

Ontario. Ministry of Finance. Five Year Review Committee. *Five Year Review Committee Final Report: Reviewing the Securities Act (Ontario)*. Toronto: Ministry of Finance, 2003. 353

Ontario. *Rapport de la Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (Rapport Kaufman). Toronto : Ministère du Procureur général, 1998. ..... 153, 215

Ontario. *Report of the Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (Kaufman Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998. ..... 153, 215

Ontario Securities Commission. OSC Bulletin, vol. 6 #22/83, "Consolidation of Remarks of Peter J. Dey Concerning Disclosure Under the Securities Act Made to Securities Lawyers in Calgary and Toronto on June 7 and 9", p. 2361, August 5, 1983. 352

Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed., vol. I. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated November 2006). 364

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2005. ..... 272, 429

Picarda, Hubert. *The Law and Practice Relating to Charities*, 3rd ed. London: Butterworths, 1999. 238

Pineau, Jean. "Theory of Obligations", in *Reform of the Civil Code*, vol. 2A, *Obligations*. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Translated by Susan Altschul. Montréal: Barreau du Québec, 1993. 631

Pothier, Robert Joseph. Œuvres de Pothier, t. II. Nouvelle édition publiée par M. Dupin. Paris : Béchet Ainé, 1823. 486

Pourcelet, Michel. *La vente*, 5e éd. Montréal : Thémis, 1987. 484

PAGE

Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Obligations. Editorial Committee: France Allard et al. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003. 631

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats : Commissions parlementaires*, 3e sess., 32e lég., 16 décembre 1982, p. B-11609. 640

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec : Un mouvement de société*, t. 1. Québec : Publications du Québec, 1993. 634

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec : Un mouvement de société*, t. I et III. Québec : Publications du Québec, 1993. 476

Riskin, Shlomo. *A Jewish Woman's Right to Divorce: A Halakhic History and a Solution for the Agunah.* Jersey City, New Jersey: KTAV Publishing, 2006. 617

Rousseau-Houle, Thérèse. *Précis du droit de la vente et du louage*, 2e éd. Québec : Presses de l'Université Laval, 1986. 485

Saskatchewan. *Commission of Inquiry into the Wrongful Conviction of David Milgaard* (ongoing). 215

Scassa, Teresa. "Using Copyright Law to Prevent Parallel Importation: A Comment on *Kraft Canada, Inc. v. Euro Excellence, Inc.*" (2006), 85 *Can. Bar Rev./R. du B. can.* 409. 75

Shachar, Ayelet. *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights.* Cambridge: Cambridge University Press, 2001. 617

Shifman, Pinhas. "Family Law in Israel: The Struggle Between Religious and Secular Law" (1990), 24 *Isr. L. Rev.* 537. 666

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999. ..... 270, 309

Sossin, Lorne. *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada.* Scarborough, Ont.: Carswell, 1999. 628

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001. 583

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002. 227

Tamaro, Normand. *The 2006 Annotated Copyright Act.* Toronto: Thomson Carswell, 2006. 75

Terre-Neuve-et-Labrador. *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to : Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken : Report and Annexes.* St. John's : Government of Newfoundland and Labrador, 2006. ..... 152, 215

Toronto Stock Exchange. Committee on Corporate Disclosure. *Final Report: Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance*, 1997. 353

Traité de droit civil du Québec, t. 11, par Léon Faribault. Montréal : Wilson & Lafleur, 1961. 487

Tudor on Charities, 9th ed. by Jean Warburton. London: Sweet & Maxwell, 2003. 238

Underwood, Harry, and René Sorell. "Danier Leather Inc. and the Duty to Update a Prospectus" (2006), 43 *Can. Bus. L.J.* 134. 352

Vaughn, Michael S., Tab W. Cooper and Rolando V. del Carmen. "Assessing Legal Liabilities in Law Enforcement: Police Chiefs' Views" (2001), 47 *Crime & Delinquency* 3. 160

Vaver, David. "The Exclusive Licence in Copyright" (1995), 9 *I.P.J.* 163. 38

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999. 351

Washofsky, Mark. "The Recalcitrant Husband: The Problem of Definition" (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 144. ... 617

PAGE

Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005. 239

Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*. Toronto: Carswell, 2005. ..... 563, 594

Weir, Tony. *Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002. 172

Wharton, Francis. *Wharton's Criminal Procedure*, 14th ed. by N. Hollander et al. Eagan, Minn.: Thomson/West, 2002 (loose-leaf updated 2007). 448

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2nd ed. Boston: Little, Brown and Co., 1923. ..... 422, 447

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1976. 296

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961. 313

Ziff, Bruce H. *Principles of Property Law*, 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2006. 39

ABB Inc. and Alstom Canada Inc. *Appellants*

v.

Domtar Inc. *Respondent*

- and -

Chubb Insurance Company of Canada *Appellant*

v.

Domtar Inc. *Respondent*

- and -

Domtar Inc. *Appellant*

v.

Arkwright Mutual Insurance Company *Respondent*

INDEXED AS: ABB INC. *v.* DOMTAR INC.

Neutral citation: 2007 SCC 50.

File Nos.: 31176, 31177, 31174.

2006: November 8; 2007: November 22.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Sale — Latent defect — Limitation of liability — Damages — Purchase of recovery boiler by paper manufacturer — Leaks and cracks in boiler's superheater caused by tie welds connecting its tubes together — Superheater repaired but subsequently replaced by paper manufacturer with product supplied by another boiler manufacturer — Action in damages for latent defects and for breach of duty to inform buyer — Whether conditions for existence of latent defect are met — Whether clause

ABB Inc. et Alstom Canada Inc. *Appelantes*

c.

Domtar Inc. *Intimée*

- et -

Chubb du Canada Compagnie d'Assurance *Appelante*

c.

Domtar Inc. *Intimée*

- et -

Domtar Inc. *Appelante*

c.

Arkwright Mutual Insurance Company *Intimée*

RÉPERTORIÉ : ABB INC. *c.* DOMTAR INC.

Référence neutre : 2007 CSC 50.

N^os^ du greffe : 31176, 31177, 31174.

2006 : 8 novembre; 2007 : 22 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Vente — Vice caché — Limitation de responsabilité — Dommages-intérêts — Achat par une papetière d'une chaudière de récupération — Fuites et fissurations du surchauffeur de la chaudière causées par les attaches rigides de ses tubes — Surchauffeur réparé mais par la suite remplacé par la papetière par un produit fourni par un autre fabricant — Poursuite en dommages-intérêts pour vices cachés et pour manquement à l'obligation de renseigner l'acheteur — Les conditions d'existence d'un

limiting seller's liability is applicable where seller knew or is presumed to have known about latent defect — Whether seller breached its duty to inform or buyer its duty to inquire — Whether buyer is entitled to be reimbursed for losses sustained with respect to repairs and to recover costs incurred to replace superheater — Whether insurer was subrogated to buyer's rights in respect of payment made to buyer, and whether damages awarded to buyer should be reduced proportionally to that payment — Civil Code of Lower Canada, art. 1527.

Sale — Duty to inform — Latent defect — Inclusion of seller's duty to inform in warranty against latent defects.

Domtar built a new pulp and paper mill in Windsor, Quebec. In December 1984, it purchased a recovery boiler manufactured by C.E. (now ABB and Alstom) for $13,500,000. The contract of sale included a clause limiting the seller's liability. The boiler's design included a superheater with "H-style" tie welds even though, at the time, C.E. was aware of problems resulting from the use of such welds and knew about the technology of hinge-pin attachments. In March 1989, 18 months after the boiler was put into service, tests by Domtar revealed some leaks and hundreds of cracks in the superheater's tubes. C.E. replaced a number of H-style tie welds with hinge-pin attachments, but there was disagreement as to a permanent solution to the problem. In October 1989, at Domtar's request, a competitor of C.E. replaced the three banks of the superheater with elements installed using hinge-pin attachments. Domtar brought an action in damages against C.E. that was based on the warranty against latent defects and the duty to inform. It also sued a number of insurers, including Chubb and Arkwright, the former on the basis of a performance bond granted to C.E. for latent defects, and the latter under an "all risk" insurance policy held by Domtar. However, Domtar discontinued its action against the insurer Lloyd's pursuant to an agreement that included the payment of $1,578,900.

The Superior Court rejected the latent defect claim, but found that C.E. had not discharged its duty to inform as regards the risks associated with tie welds. It condemned C.E. to pay $13,366,583 in damages, less the $1,578,900 paid by Lloyd's, on the basis that Lloyd's was, as a result of that payment, subrogated to Domtar's rights. Given that there was no latent defect, the court dismissed the action against Chubb; it also dismissed

vice caché sont-elles réunies? — Une clause de limitation de la responsabilité du vendeur a-t-elle un effet dans le cas où celui-ci connaissait ou était présumé connaître le vice caché? — Le vendeur ou l'acheteur ont-ils manqué à leurs obligations respectives de renseigner ou de se renseigner? — L'acheteur a-t-il le droit d'être remboursé des pertes subies lors des réparations et des dépenses engagées pour remplacer le surchauffeur? — L'assureur a-t-il été subrogé dans les droits de l'acheteur à l'égard du paiement qu'il lui a versé et les dommages-intérêts accordés à l'acheteur doivent-ils être réduits dans cette proportion? — Code civil du Bas Canada, art. 1527.

Vente — Obligation de renseignement — Vice caché — Inclusion de l'obligation de renseignement du vendeur dans la garantie contre les vices cachés.

Domtar construit une nouvelle usine de pâte et papier à Windsor, au Québec. En décembre 1984, elle acquiert pour 13 500 000 $ une chaudière de récupération fabriquée par C.E. (maintenant ABB et Alstom). Le contrat de vente comporte une clause limitant la responsabilité du vendeur. La chaudière est conçue avec un surchauffeur muni d'attaches rigides de type « H » même si, à l'époque, C.E. connaît les problèmes découlant de l'utilisation de telles attaches et la technologie des attaches souples. En mars 1989, soit 18 mois après la mise en service de la chaudière, des tests chez Domtar révèlent la présence de quelques fuites et de centaines de fissures dans les tubes du surchauffeur. C.E. remplace plusieurs attaches rigides de type « H » par des attaches souples mais il y a désaccord quant à une solution permanente au problème. En octobre 1989, à la demande de Domtar, un concurrent de C.E. remplace les trois compartiments du surchauffeur par des éléments dotés d'attaches souples. Domtar intente contre C.E. une action en dommages-intérêts fondée sur la garantie contre les vices cachés puis sur l'obligation de renseignement. Parallèlement, elle poursuit divers assureurs, dont Chubb et Arkwright, la première sur la base d'un contrat de cautionnement consenti à C.E. pour vice caché, la deuxième en vertu d'une police d'assurance « tous risques » protégeant Domtar. Elle se désiste toutefois de son recours contre l'assureur Lloyd's à la suite d'une entente qui comprend le versement d'une somme de 1 578 900 $.

La Cour supérieure rejette la prétention de vice caché mais conclut que C.E. n'a pas rempli son obligation de renseignement quant aux risques liés aux attaches rigides. Elle condamne C.E. à payer 13 366 583 $ en dommages-intérêts, moins le paiement de 1 578 900 $ effectué par Lloyd's, qui aurait opéré subrogation en faveur de cette dernière. Vu l'absence de vice caché, le tribunal rejette l'action contre Chubb; il rejette aussi

the claim against Arkwright on the basis that the cost of replacing the superheater was not insured. The Court of Appeal ruled that C.E. was liable on the basis of both the legal warranty against latent defects and the duty to inform. It held that the amount paid by Lloyd's should not be deducted. It condemned the insurer Chubb, solidarily with C.E., to pay Domtar the amount provided for in the performance bond. It affirmed the decision to dismiss Domtar's action against Arkwright.

Held: The appeals should be dismissed.

Given that all the facts alleged in support of Domtar's action occurred before 1994, and in light of ss. 83 and 85 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, the issues relating to the warranty against latent defects must be resolved by applying the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C."). [30]

In intervening, the Court of Appeal did not reassess the evidence in the record, but relied on the trial judge's findings of fact to arrive at a different conclusion of law regarding the nature of the defect. That conclusion is therefore not inconsistent with the principle of deference for a trial judge's assessment of the facts. Rather, the issue here is one of legal characterization. [37]

Article 1527 C.C.L.C. provides that any seller who knows or is legally presumed to know about the defects of the thing is obliged to pay for all damage suffered by the buyer. In Quebec civil law, manufacturers are considered to be the ultimate experts with respect to goods because they have control over the labour and materials used to produce them. Consequently, they are subject to the strongest presumption of knowledge and to the most exacting obligation to disclose latent defects. The buyer's expertise is also relevant as it serves to assess whether the defect is latent or apparent. The more knowledge a buyer has of a good being purchased, the more likely it is that a defect in that good will be considered apparent. Buyers therefore have an obligation to inform themselves by carrying out a reasonable inspection of the good. The test is whether a reasonable buyer in the same circumstances could have detected the defect at the time of the sale. However, the buyer's expertise does not nullify the presumption applicable to the manufacturer. The manufacturer will be unable to rely on a limitation of liability clause unless it can rebut the presumption of knowledge of the defect. [39] [41-42] [44]

Regardless of whether the defect is a material defect, a functional defect or a conventional defect, it must have

la réclamation contre Arkwright, au motif que le coût du remplacement du surchauffeur n'était pas assuré. La Cour d'appel retient la responsabilité de C.E. sur la double base de la garantie légale contre les vices cachés et de l'obligation de renseignement. Elle rejette la déductibilité du montant payé par Lloyd's. Elle condamne l'assureur Chubb, solidairement avec C.E., à payer à Domtar la somme prévue au contrat de cautionnement. Elle confirme le rejet de l'action de Domtar contre Arkwright.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Étant donné que tous les faits allégués au soutien de l'action de Domtar se sont produits avant 1994, l'application des art. 83 et 85 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* mène à la conclusion que les questions concernant la garantie contre les vices cachés doivent ici être réglées par l'application du *Code civil du Bas Canada* (« C.c.B.C. »). [30]

Dans son intervention, la Cour d'appel ne réévalue pas la preuve au dossier. Elle s'appuie sur les constatations de fait du juge de première instance pour arriver à une conclusion de droit différente sur la nature du défaut. Cette conclusion ne viole donc pas le principe de retenue judiciaire à l'égard de la détermination des faits par le juge de première instance. Il s'agit plutôt d'un problème de qualification juridique. [37]

L'article 1527 C.c.B.C. tient tout vendeur qui connaît ou est légalement présumé connaître les vices de la chose responsable des dommages subis par l'acheteur. Le fabricant est considéré en droit civil du Québec comme l'expert ultime à l'égard du bien puisqu'il contrôle la main-d'œuvre ainsi que les matériaux utilisés dans la production de ce bien. En conséquence, il est assujetti à la présomption de connaissance la plus rigoureuse et à l'obligation la plus exigeante de dénoncer les vices cachés. L'expertise de l'acheteur est également pertinente car elle sert à évaluer si le vice est caché ou apparent. Plus l'acheteur connaît le bien qu'il acquiert, plus le vice affectant ce bien est susceptible d'être considéré comme apparent. L'acheteur a donc une obligation de se renseigner en procédant à un examen raisonnable du bien. Le test consiste à se demander si un acheteur raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait pu déceler le vice au moment de la vente. L'expertise de l'acheteur n'a toutefois pas pour effet d'annihiler la présomption qui pèse sur le fabricant. Le fabricant ne pourra invoquer une clause limitative de responsabilité à moins de parvenir à réfuter la présomption de connaissance du vice. [39] [41-42] [44]

Que le défaut soit matériel, fonctionnel ou conventionnel, il doit présenter quatre caractères, tous

four characteristics, all of which are essential to the warranty: it must be latent, must be sufficiently serious, must have existed at the time of the sale and must have been unknown to the buyer. All these conditions are met in the case at bar. The trial judge erred in concluding that the cracking of the tubes was a design feature rather than a design defect. First, he limited the definition of a defect to a problem preventing the good from being used at all and, second, he confused the sale of a lower-performance version of a good with the sale of a defective one. A defect will be considered to be serious if it renders the good unfit for its intended use or so diminishes its usefulness that the buyer would not have bought it at the price paid. Domtar would not have bought a boiler with H-style tie welds if it had been informed of the risks associated with this type of attachment. C.E. used these attachments without having independent analyses conducted to determine whether they could withstand the stress placed on the tubes by the circulation of steam at high temperatures. It chose to rely on its customers' assessments and delayed the adoption of hinge-pin attachments in order to maintain its competitive position. Domtar was unaware of the defect at the time of the sale because C.E. had not shared the information it possessed on this subject with Domtar. Even though Domtar was described as a sophisticated operator, and however expert it was at using boilers, it cannot be characterized as a professional "of identical expertise" to C.E. Nor is the defect apparent simply because Domtar was assisted by an expert. The cause of the excessive cracking was unknown to both Domtar and its expert. [45] [50] [86-88] [91] [93] [97] [99] [101]

To rebut the presumption of knowledge of the defect provided for in art. 1527 C.C.L.C., it is never open to a manufacturer to rely on its ignorance of the defect as its sole defence. The manufacturer must show that it did not know about the defect and that its lack of knowledge was justified, that is, that it could not have discovered the defect even if it had taken every precaution that the buyer would be entitled to expect a reasonable seller to take in the same circumstances. To absolve a manufacturer from liability will be justified only if the manufacturer shows that it had full knowledge of the technology in its field at the time the good was designed and that the defect in question cannot be attributed to it. In light of the strength of the presumption of knowledge applicable to it, the manufacturer must meet a high standard of diligence, and the range of defences available to it to rebut the presumption is very narrow. C.E.'s argument is based not on fault on the part of Domtar or a third party, or on superior force or development risk, but on its own good faith throughout its business relations with Domtar. In this case, it can be seen from

essentiels à la garantie : il doit être caché, suffisamment grave, existant au moment de la vente et inconnu de l'acheteur. En l'espèce, ces conditions sont réunies. Le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la fissuration des tubes constituait une particularité technique plutôt qu'un vice de conception. D'abord, il définit le vice uniquement comme un problème qui empêche toute utilisation du bien, puis il confond la mise en marché d'une version moins performante d'un bien avec celle d'un bien déficient. Un vice sera considéré grave s'il rend le bien impropre à l'usage auquel on le destine, ou en diminue tellement l'utilité que l'acheteur ne l'aurait pas acheté à ce prix. Domtar n'aurait pas acheté une chaudière conçue avec des attaches de type « H » si on lui avait fait part des risques associés à ce type d'attaches. C.E. a utilisé ces attaches sans procéder à des analyses de résistance indépendantes pour déterminer si elles pouvaient supporter la contrainte exercée sur les tubes par la circulation de la vapeur à haute température. Elle a choisi de s'en remettre à l'appréciation de ses clients et elle a retardé l'adoption des attaches souples afin de demeurer compétitive. Le vice était inconnu de Domtar au moment de la vente parce que C.E. ne lui a pas transmis les informations internes qu'elle détenait à cet égard. Bien que Domtar ait été qualifiée d'utilisatrice avertie et aussi experte qu'elle soit dans l'utilisation de chaudières, on ne peut la qualifier de professionnelle « de même compétence » que C.E. Le fait que Domtar ait été assistée d'un expert ne fait pas non plus en sorte que le vice soit apparent. La cause de la fissuration excessive était inconnue à la fois de Domtar et de son expert. [45] [50] [86-88] [91] [93] [97] [99] [101]

Pour réfuter la présomption de connaissance du vice prévue à l'art. 1527 C.c.B.C., un fabricant n'est jamais admis à invoquer comme seul moyen de défense son ignorance du vice. Il doit démontrer qu'il ignorait le vice et que son ignorance était justifiée, c'est-à-dire qu'il n'aurait pu découvrir le vice, même en prenant toutes les précautions auxquelles l'acheteur est en droit de s'attendre d'un vendeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances. Il n'est justifié de ne pas engager la responsabilité du fabricant que lorsque celui-ci démontre qu'il maîtrisait sa technique au moment de la conception du bien et que le vice en question ne saurait lui être imputable. Vu la rigueur de la présomption de connaissance applicable au fabricant, elle impose un haut niveau de diligence et rend très limité le spectre des moyens mis à sa disposition pour réfuter la présomption. Or, C.E. ne plaide ni la faute de Domtar ou d'un tiers, ni la force majeure, ni le risque de développement, mais plutôt sa bonne foi tout au cours de sa relation d'affaires avec Domtar. En l'espèce, la preuve révèle que C.E. connaissait les problèmes associés à

the evidence that C.E. had known about the problems associated with tie welds since the early 1980s and that a better technology was available to it as of that time. [69-72] [102] [104]

The duty to inform and the warranty against latent defects are two concepts that overlap, but the former derives from the general principle of good faith, whereas the latter is expressly provided for in the C.C.L.C. and the *Civil Code of Québec*. Furthermore, the scope of the general duty to inform is much broader than that of the disclosure of a latent defect. The duty to inform is subsumed in the analysis of the seller's liability for latent defects, and there is no need for the court to conduct a separate analysis on the duty. [107-109]

Because a clause in the insurance contract between Lloyd's and Domtar expressly excluded damage resulting from a breakdown of or defect in the recovery boiler, the payment made by Lloyd's could not have been related to the damages being claimed by Domtar. Lloyd's was not, therefore, subrogated to Domtar's rights and the damages claimed by Domtar should not be reduced by the amount of the payment. [113]

Chubb agreed to guarantee the performance of C.E.'s obligations under the contract of sale for the recovery boiler. Since there was a latent defect in the superheater, Chubb is solidarily liable for the amount of its guarantee. [114]

The "all risk" insurance policy issued by Arkwright for Domtar's property contained a clause excluding damage resulting from latent defects. To accept Domtar's contention that the welds can be dissociated from the superheater would render the exclusion clause meaningless. [115] [119]

Cases Cited

Applied: *Desgagné v. Fabrique de St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 S.C.R. 19; *Placement Jacpar Inc. v. Benzakour*, [1989] R.J.Q. 2309; *Samson & Filion v. Davie Shipbuilding & Repairing Co.*, [1925] S.C.R. 202; *Touchette v. Pizzagalli*, [1938] S.C.R. 433; *Manac inc./Nortex v. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [2006] R.R.A. 879; **referred to:** *Marquis v. Saltsman*, J.E. 2002-1729, SOQUIJ AZ-50143509; *Rousseau v. 2732-1678 Québec inc.*, [1999] R.D.I. 565; *Société en commandite A.C. enr. v. Wadieh*, [1997] R.D.I. 345; *Bertrand v. Pelletier*, [1997] R.D.I. 321; *Poirier v. Martucelli*, [1995] R.D.I. 319; *Trottier v. Robitaille*, [1994] R.D.I. 537; *Cloutier v. Létourneau*,

l'installation d'attaches rigides depuis le début des années 80 et qu'elle avait accès dès cette époque à une meilleure technologie. [69-72] [102] [104]

L'obligation de renseignement et la garantie contre les vices cachés sont deux notions qui se recoupent mais la première découle du principe général de bonne foi tandis que la seconde est expressément prévue au C.c.B.C. et au *Code civil du Québec*. De plus, l'obligation générale de renseignement a un champ d'application beaucoup plus vaste que la simple dénonciation d'un vice caché. L'obligation de renseignement se trouve subsumée dans la grille d'analyse de la responsabilité du vendeur pour vices cachés et le tribunal n'a pas à procéder à une analyse distincte de cette obligation. [107-109]

Puisqu'une clause du contrat d'assurance entre Lloyd's et Domtar excluait expressément les dommages subis par suite de bris ou de défectuosité de la chaudière de récupération, le paiement versé par Lloyd's ne pouvait viser les dommages réclamés par Domtar. Lloyd's n'a donc pas été subrogée dans les droits de Domtar et celle-ci n'avait pas à réduire ses dommages en conséquence. [113]

Chubb a accepté de cautionner l'exécution des obligations de C.E. découlant du contrat de vente de la chaudière de récupération. Comme le surchauffeur est affecté d'un vice caché, Chubb est solidairement responsable du montant pour lequel elle s'était engagée. [114]

La police d'assurance de dommages « tous risques » émise par Arkwright pour les biens de Domtar contenait une clause excluant les dommages pour vices cachés. Accepter la prétention de Domtar de dissocier les attaches du surchauffeur même viderait la clause d'exclusion de couverture de sa raison d'être. [115] [119]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Desgagné c. Fabrique de St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 R.C.S. 19; *Placement Jacpar Inc. c. Benzakour*, [1989] R.J.Q. 2309; *Samson & Filion c. Davie Shipbuilding & Repairing Co.*, [1925] R.C.S. 202; *Touchette c. Pizzagalli*, [1938] R.C.S. 433; *Manac inc./Nortex c. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [2006] R.R.A. 879; **arrêts mentionnés :** *Marquis c. Saltsman*, J.E. 2002-1729, SOQUIJ AZ-50143509; *Rousseau c. 2732-1678 Québec inc.*, [1999] R.D.I. 565; *Société en commandite A.C. enr. c. Wadieh*, [1997] R.D.I. 345; *Bertrand c. Pelletier*, [1997] R.D.I. 321; *Poirier c. Martucelli*, [1995] R.D.I. 319; *Trottier c. Robitaille*, [1994] R.D.I. 537; *Cloutier c. Létourneau*,

[1993] R.L. 530; *Rousseau v. Gagnon*, [1987] R.J.Q. 40; *Auto Peliss ltée v. Proulx Pontiac Buick ltée*, [2001] R.J.Q. 856; *Garage Robert inc. v. 2426-9888 Québec inc.*, [2001] R.J.Q. 865; *Trois Diamants Autos (1987) ltée v. M.G.B. Auto inc.*, [2001] R.J.Q. 860; *General Motors Products of Canada v. Kravitz*, [1979] 1 S.C.R. 790; *Oakwood Construction Inc. v. Ratthé*, [1993] R.D.I. 181; *Blandino v. Colagiacomo*, [1989] R.D.I. 148; *Oppenheim v. Forestiers R.P.G.M. inc.*, J.E. 2002-1197, SOQUIJ AZ-50133145; *London & Lancashire Guarantee & Accident Co. of Canada v. Cie F.X. Drolet*, [1944] S.C.R. 82; Civ. 1re, November 24, 1954, J.C.P. 1955.II.8565, obs. H. B.; Civ. 1re, January 19, 1965, D. 1965.389, obs. Cornu; Com., November 6, 1978, J.C.P. 1979.II.19178, obs. Ghestin; Com., October 8, 1973, J.C.P. 1975.II.17927, obs. Ghestin; Civ. 3e, October 30, 1978, J.C.P. 1979.II.19178; *Tony's Broadloom & Floor Covering Ltd. v. NMC Canada Inc.* (1995), 22 O.R. (3d) 244, aff'd (1996), 31 O.R. (3d) 481; *Jenkins v. Foley* (2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 257, 2002 NFCA 46; *Parlby Construction Ltd. v. Stewart Equipment Co.*, [1972] 1 W.W.R. 503; *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*, [1971] 1 O.R. 207; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57, ss. 4, 83, 85.

Civil Code of Lower Canada, arts. 1522, 1523, 1524, 1527, 1528, 2202.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 6, 7, 1375, 1473, 1726, 1728, 1729, 1733, 2847.

Code civil (France), arts. 1641, 1642, 1643, 1644, 1645.

Authors Cited

Barreau du Québec. Cours de la formation professionnelle 1988-1989. *Droit civil et procédure civile*, vol. 3, *Contrats et vente*. "La vente 1" par Jacques Deslauriers. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988, 51.

Barret, Olivier. "Vente", dans P. Raynaud, dir., *Répertoire de droit civil*, t. X, 2e éd. Paris: Dalloz, 1979 (mise à jour 2007).

Bénabent, Alain. *Droit civil: Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 5e éd. Paris: Montchrestien, 2001.

Cornu, Gérard. Observation sous Civ. 1re, 19 janvier 1965, *Rev. trim. dr. civ.* 1965.665.

Cornu, Gérard. Observation sous Com., 6 novembre 1978 et Civ. 3e, 30 octobre 1978, *Rev. trim. dr. civ.* 1979.392.

[1993] R.L. 530; *Rousseau c. Gagnon*, [1987] R.J.Q. 40; *Auto Peliss ltée c. Proulx Pontiac Buick ltée*, [2001] R.J.Q. 856; *Garage Robert inc. c. 2426-9888 Québec inc.*, [2001] R.J.Q. 865; *Trois Diamants Autos (1987) ltée c. M.G.B. Auto inc.*, [2001] R.J.Q. 860; *General Motors Products of Canada c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790; *Oakwood Construction Inc. c. Ratthé*, [1993] R.D.I. 181; *Blandino c. Colagiacomo*, [1989] R.D.I. 148; *Oppenheim c. Forestiers R.P.G.M. inc.*, J.E. 2002-1197, SOQUIJ AZ-50133145; *London & Lancashire Guarantee & Accident Co. of Canada c. Cie F.X. Drolet*, [1944] R.C.S. 82; Civ. 1re, 24 novembre 1954, J.C.P. 1955.II.8565, obs. H. B.; Civ. 1re, 19 janvier 1965, D. 1965.389, obs. Cornu; Com., 6 novembre 1978, J.C.P. 1979.II.19178, obs. Ghestin; Com., 8 octobre 1973, J.C.P. 1975.II.17927, obs. Ghestin; Civ. 3e, 30 octobre 1978, J.C.P. 1979.II.19178; *Tony's Broadloom & Floor Covering Ltd. c. NMC Canada Inc.* (1995), 22 O.R. (3d) 244, conf. par (1996), 31 O.R. (3d) 481; *Jenkins c. Foley* (2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 257, 2002 NFCA 46; *Parlby Construction Ltd. c. Stewart Equipment Co.*, [1972] 1 W.W.R. 503; *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; *R. G. McLean Ltd. c. Canadian Vickers Ltd.*, [1971] 1 O.R. 207; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 1522, 1523, 1524, 1527, 1528, 2202.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 6, 7, 1375, 1473, 1726, 1728, 1729, 1733, 2847.

Code civil (France), art. 1641, 1642, 1643, 1644, 1645.

Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57, art. 4, 83, 85.

Doctrine citée

Barreau du Québec. Cours de la formation professionnelle 1988-1989. *Droit civil et procédure civile*, vol. 3, *Contrats et vente*. « La vente 1 » par Jacques Deslauriers. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1988, 51.

Barret, Olivier. « Vente », dans P. Raynaud, dir., *Répertoire de droit civil*, t. X, 2e éd. Paris : Dalloz, 1979 (mise à jour 2007).

Bénabent, Alain. *Droit civil : Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 5e éd. Paris : Montchrestien, 2001.

Cornu, Gérard. Observation sous Civ. 1re, 19 janvier 1965, *Rev. trim. dr. civ.* 1965.665.

Cornu, Gérard. Observation sous Com., 6 novembre 1978 et Civ. 3e, 30 octobre 1978, *Rev. trim. dr. civ.* 1979.392.

Côté, Pierre-André, et Daniel Jutras. *Le droit transitoire civil: Sources annotées*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994 (mise à jour février 2006, envoi nº 17).
Edwards, Jeffrey. *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1998.
Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 5th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2006.
Huet, Jérôme. *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd. Paris: L.G.D.J., 2001.
Jobin, Pierre-Gabriel. "Précis on sale", in *Reform of the Civil Code*, vol. 3A, *Sale*. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Translated from the French by J. Daniel Phelan with assistance from Susan Altschul. Montréal: Barreau du Québec, 1993.
Lamontagne, Denys-Claude. *Droit de la vente*, Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995.
Langelier, F. *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. V. Montréal: Wilson & Lafleur, 1909.
le Tourneau, Philippe. *La responsabilité civile*, 3e éd. Paris: Dalloz, 1982.
Mignault, P.-B. *Le droit civil canadien*, t. VII. Montréal: Wilson & Lafleur, 1906.
Pothier, Robert Joseph. *Œuvres de Pothier*, t. II. Nouvelle édition publiée par M. Dupin. Paris: Béchet Ainé, 1823.
Pourcelet, Michel. *La vente*, 5e éd. Montréal: Thémis, 1987.
Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec: Un mouvement de société*, t. I et III. Québec: Publications du Québec, 1993.
Rousseau-Houle, Thérèse. *Précis du droit de la vente et du louage*, 2e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1986.
Traité de droit civil du Québec, t. 11, par Léon Faribault. Montréal: Wilson & Lafleur, 1961.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Rochette and Bich JJ.A.), [2005] R.J.Q. 2267, [2005] Q.J. No. 11604 (QL), 2005 QCCA 733, setting aside in part a judgment of Hilton J., [2003] R.J.Q. 2194, SOQUIJ AZ-50181950, [2003] Q.J. No. 9442 (QL). Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Rochette and Bich JJ.A.), [2005] Q.J. No. 11601 (QL), 2005 QCCA 730, setting aside a judgment of Hilton J., [2003] R.J.Q. 2194, SOQUIJ AZ-50181950, [2003] Q.J. No. 9442 (QL). Appeal dismissed.

Côté, Pierre-André, et Daniel Jutras. *Le droit transitoire civil : Sources annotées*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1994 (mise à jour février 2006, envoi nº 17).
Edwards, Jeffrey. *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1998.
Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 5th ed. Toronto : Thomson/Carswell, 2006.
Huet, Jérôme. *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd. Paris : L.G.D.J., 2001.
Jobin, Pierre-Gabriel. « Précis sur la vente », dans *La réforme du Code civil*, vol. 2, *Obligations, contrats nommés*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 359.
Lamontagne, Denys-Claude. *Droit de la vente*, Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1995.
Langelier, F. *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. V. Montréal : Wilson & Lafleur, 1909.
le Tourneau, Philippe. *La responsabilité civile*, 3e éd. Paris : Dalloz, 1982.
Mignault, P.-B. *Le droit civil canadien*, t. VII. Montréal : Wilson & Lafleur, 1906.
Pothier, Robert Joseph. *Œuvres de Pothier*, t. II. Nouvelle édition publiée par M. Dupin. Paris : Béchet Ainé, 1823.
Pourcelet, Michel. *La vente*, 5e éd. Montréal : Thémis, 1987.
Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec : Un mouvement de société*, t. I et III. Québec : Publications du Québec, 1993.
Rousseau-Houle, Thérèse. *Précis du droit de la vente et du louage*, 2e éd. Québec : Presses de l'Université Laval, 1986.
Traité de droit civil du Québec, t. 11, par Léon Faribault. Montréal : Wilson & Lafleur, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Rochette et Bich), [2005] R.J.Q. 2267, [2005] J.Q. nº 11604 (QL), 2005 QCCA 733, qui a infirmé en partie un jugement du juge Hilton, [2003] R.J.Q. 2194, SOQUIJ AZ-50181950, [2003] J.Q. nº 9442 (QL). Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Rochette et Bich), [2005] J.Q. nº 11601 (QL), 2005 QCCA 730, qui a infirmé un jugement du juge Hilton, [2003] R.J.Q. 2194, SOQUIJ AZ-50181950, [2003] J.Q. nº 9442 (QL). Pourvoi rejeté.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Rochette and Bich JJ.A.), [2005] R.R.A. 1046, [2005] Q.J. No. 11603 (QL), 2005 QCCA 732, affirming a judgment of Hilton J., SOQUIJ AZ-50181803, [2003] Q.J. No. 13846 (QL). Appeal dismissed.

Éric Mongeau, *Patrick Girard* and *Charles Nadeau*, for the appellants ABB Inc., Alstom Canada Inc. and Chubb Insurance Company of Canada.

Olivier F. Kott, *Gregory B. Bordan*, *André Legrand* and *Emmanuelle Demers*, for the appellant/respondent Domtar Inc.

Gordon Kugler and *Stuart Kugler*, for the respondent Arkwright Mutual Insurance Company.

English version of the judgment of the Court delivered by

1 LEBEL AND DESCHAMPS JJ. — The development of Quebec's law of obligations has been marked by efforts to strike a proper balance between, on the one hand, the individual's freedom of contract and, on the other, adherence by contracting parties to the principle of good faith in their mutual relations. This trend in the law of obligations has had a profound influence on the choices made by the Quebec legislature and on the decisions of our courts. It should of course inform the approach of parties to a contract of sale to the exercise of their rights and the performance of their obligations.

2 There are three appeals before the Court. The main case involves a claim concerning a latent defect and pits two major industrial concerns against one another. The other two cases involve incidental claims against insurance companies. This judgment deals with all three of these cases, but we will first discuss the main case, its origins and the issues it raises with regard to the nature and application of certain aspects of the legal framework of contracts of sale in Quebec civil law.

3 Our analysis will focus on the legal warranty against latent defects. We will discuss, *inter alia*,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Rochette et Bich), [2005] R.R.A. 1046, [2005] J.Q. nº 11603 (QL), 2005 QCCA 732, qui a confirmé un jugement du juge Hilton, SOQUIJ AZ-50181803, [2003] J.Q. nº 13846 (QL). Pourvoi rejeté.

Éric Mongeau, *Patrick Girard* et *Charles Nadeau*, pour les appelantes ABB Inc., Alstom Canada Inc. et Chubb du Canada Compagnie d'Assurance.

Olivier F. Kott, *Gregory B. Bordan*, *André Legrand* et *Emmanuelle Demers*, pour l'appelante/intimée Domtar Inc.

Gordon Kugler et *Stuart Kugler*, pour l'intimée Arkwright Mutual Insurance Company.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LES JUGES LEBEL ET DESCHAMPS — L'évolution du droit québécois des obligations a été marquée par la recherche d'un juste équilibre entre, d'une part, la liberté contractuelle des individus et, d'autre part, le respect du principe de la bonne foi dans leurs rapports les uns avec les autres. Ce courant dans le droit des obligations a profondément influencé tant les choix du législateur québécois que notre jurisprudence. Il doit évidemment inspirer l'exercice des droits et l'exécution des obligations des parties à un contrat de vente.

La Cour est saisie de trois pourvois. Le dossier principal a trait à une réclamation pour vice caché et oppose deux grandes entreprises industrielles. Les deux autres dossiers concernent des réclamations accessoires contre des compagnies d'assurance. Le présent jugement traite des trois dossiers, mais nous discuterons d'abord du dossier principal, de son origine et des problèmes qu'il soulève à l'égard de la nature et de la mise en œuvre de certains aspects du régime juridique du contrat de vente en droit civil québécois.

Notre étude se concentrera sur le régime de garantie légale contre les vices cachés. Nous

the effect of the parties' level of expertise on their mutual obligations, and the nature of the civil law presumptions regarding knowledge of certain defects. As part of this discussion, we will consider the right of sellers to set limitation of liability clauses up against buyers. Thus, after reviewing the facts and the judicial history, we will discuss the relevant principles and how they apply to the facts of the case at bar.

examinerons notamment l'effet du degré d'expertise des parties sur leurs obligations mutuelles et la nature des présomptions qu'établit le droit civil à l'égard de la connaissance de certains vices. Cet examen inclura une discussion au sujet de l'opposabilité à l'acquéreur de clauses limitatives de responsabilité. Après un rappel des faits et de l'historique judiciaire, nous étudierons donc les principes pertinents et leur application aux faits de l'espèce.

1. Facts

1.1 *Acquisition of a Recovery Boiler by Domtar*

Domtar Inc. is a Canadian paper manufacturer whose principal activities consist of the production of pulp and paper and of related by-products. In 1984, it decided to build a new pulp and paper mill in Windsor, Quebec. It retained H.A. Simons and Sandwell & Company Limited ("Simons-Sandwell") as consultants for all aspects of the construction of the mill, including the acquisition of a recovery boiler.

Combustion Engineering Canada Inc. ("C.E.") (now ABB Inc. and Alstom Canada Inc.) was an international company in the business of manufacturing and installing industrial equipment. It was the largest producer of recovery boilers in Canada. In August 1984, it offered to sell Domtar a recovery boiler with rigid "H-style" tie welds for $13,500,000. Domtar accepted C.E.'s offer on December 31, 1984, and the boiler was put into service on September 21, 1987.

The recovery boiler purchased by Domtar was a complex and massive piece of equipment. Its upper portion was equipped with a superheater divided into three banks: the Low Temperature Superheater ("LTSH"), the Intermediate Temperature Superheater ("ITSH") and the High Temperature Superheater ("HTSH"). These banks consisted of 75 miles of tubes, which were connected together by approximately 48,000 tie welds. A recovery boiler, whose purpose is the recovery of black

1. Les faits

1.1 *Acquisition par Domtar d'une chaudière de récupération*

4 Domtar Inc. est une papetière canadienne dont les principales activités consistent en la production de pâte et papier et d'autres produits dérivés. En 1984, Domtar décide de construire une nouvelle usine de pâte et papier à Windsor, au Québec. À cette fin, elle retient les services de H.A. Simons et Sandwell & Company Limited (« Simons-Sandwell ») à titre d'experts-conseils pour l'ensemble du projet de construction de l'usine, incluant l'acquisition de la chaudière de récupération.

5 Combustion Engineering Canada Inc. (« C.E. ») (maintenant ABB Inc. et Alstom Canada Inc.) était une compagnie d'envergure internationale de fabrication et d'installation d'équipement industriel. Elle était la plus importante productrice de chaudières de récupération au Canada. En août 1984, C.E. offre à Domtar de lui vendre une chaudière de récupération conçue avec attaches rigides de type « H » pour 13 500 000 $. Domtar accepte l'offre de C.E. le 31 décembre 1984 et la chaudière entre en service le 21 septembre 1987.

6 La chaudière de récupération acquise par Domtar est un appareil complexe et de dimensions imposantes. Sa partie supérieure est munie d'un surchauffeur divisé en trois compartiments, soit de basse, moyenne et haute température (respectivement les « LTSH », « ITSH » et « HTSH »). Ces compartiments sont constitués de tubes d'une longueur de 75 milles, fixés à l'aide d'environ 48 000 attaches rigides. Destinée à la récupération de la liqueur noire, la chaudière de récupération est conçue pour

liquor, is designed to be in continuous use, apart from scheduled maintenance periods.

1.2 *Appearance of Cracks in and Leaks from the Superheater's Tubes*

7 In the 1970s, C.E. had noted that the design of the "A-style" tie welds it was then using was causing cracks to form. To remedy this, it adopted a new design in 1977: the H-style tie weld. Believing that it had in so doing solved the cracking problem, C.E. did not conduct a stress analysis of the new H-style welds. Instead, it waited for comments from its buyers. Between January 1983 and the end of 1986, a number of internal memoranda were circulated at C.E., and at its parent company, regarding problems with the use of H-style tie welds and the resulting dissatisfaction of their customers in the United States and Canada. Furthermore, C.E. had also been using flexible hinge-pin attachments since the early 1980s, and these were recommended to one customer in 1985.

8 Nevertheless, the technical specifications set out in the tender prepared by C.E. for Domtar in August 1984 did not propose a specific type of attachment. Only one discussion on this subject has been mentioned, and it took place during a meeting in October 1984. At that meeting, Domtar's project manager asked C.E. if it would be possible to obtain hinge-pin attachments instead of tie welds. C.E.'s answer was limited to confirming that this was possible and mentioning that this solution would cost an additional $500,000. Domtar did not pursue the matter further.

9 According to Hilton J., the trial judge, it was mentioned in an internal C.E. memorandum in May 1987 that most of the proposals C.E. was submitting to customers involved the use of hinge pins. The author of the memorandum added that for C.E.'s engineering branch, which was responsible for preparing its proposals, hinge-pin attachments had become the new standard. C.E. accordingly began offering hinge-pin attachments in 1988, but to keep its prices competitive, it proposed them only where there were problems with the tie welds or if a buyer

une utilisation continue, à l'exception de périodes d'entretien planifiées.

1.2 *Apparition de fissures et de fuites dans les tubes du surchauffeur*

Dans les années 70, C.E. constate que la conception d'attaches rigides de type « A » qu'elle utilise alors provoque un problème de fissuration. Pour y remédier, C.E. adopte en 1977 un nouveau modèle, les attaches rigides de type « H ». Croyant avoir ainsi réglé le problème de fissuration, C.E. n'analyse pas la résistance des nouvelles attaches de type « H ». Elle attend plutôt les commentaires éventuels de ses acheteurs. De janvier 1983 à la fin de l'année 1986, plusieurs notes internes sont mises en circulation chez C.E. ainsi que chez sa compagnie-mère au sujet des problèmes découlant de l'utilisation des attaches rigides de type « H » et de l'insatisfaction qu'ils créent chez des clients américains et canadiens. Par ailleurs, à compter du début des années 80, C.E. utilise également des attaches souples qui sont recommandées à une cliente dès 1985.

Malgré ces faits, les détails techniques contenus dans la soumission préparée par C.E. pour Domtar en août 1984 ne précisent pas le type d'attaches proposées. Une seule discussion à ce sujet est rapportée, et ce, dans le cadre d'une réunion qui a lieu en octobre 1984. Durant cette réunion, le gérant de projet de Domtar demande à C.E. s'il est possible d'obtenir des attaches souples au lieu des attaches rigides. La réponse de C.E. se limite à confirmer cette possibilité et à mentionner que cette solution entraînera un coût additionnel de 500 000 $. Domtar ne poursuit pas les discussions.

Suivant le juge Hilton, de première instance, en mai 1987, une note interne de C.E. souligne que la plupart des propositions présentées à des clients utilisaient des attaches souples. D'après la même note, ce type d'attache est devenu la nouvelle norme pour le service d'ingénierie chargé de la préparation des propositions chez C.E. C.E. commence donc en 1988 à offrir les attaches souples mais, pour maintenir des prix compétitifs, elle les propose seulement en cas de problèmes avec les attaches rigides ou à la demande expresse d'un acheteur. Il faut

specifically requested hinge pins. It did not actually adopt hinge-pin attachments as its standard until the following year. C.E. did not cease entirely to use H-style tie welds, as it still uses them to this day for certain new boilers and for repairs to existing boilers that were delivered with tie welds.

On March 24, 1989, 18 months after the boiler was put into service, Domtar shut it down for an unscheduled inspection after the superheater began making an unusual noise. Standard tests revealed 6 leaks and 97 cracks in the ITSH; another 667 cracks were detected in the HTSH. Domtar asked C.E. to make the necessary repairs. During this shutdown, only 20 percent of the welds were inspected in detail. C.E. replaced 99 tie welds in the ITSH and 690 in the HTSH with hinge-pin attachments. The recovery boiler was not returned to service until April 6, 1989.

1.3 *Decision to Replace the Superheater*

After the boiler was returned to service, the parties held discussions with a view to finding a permanent solution to the problem. Domtar asked C.E. to repair the superheater, but C.E. refused. It proposed to Domtar that the HTSH section be replaced with a new one using more hinge-pin attachments, and that all tie welds in the LTSH and ITSH sections be inspected. Domtar instead decided to replace the entire superheater.

Because of the disagreement, Domtar initiated legal proceedings against C.E. It also sued a number of insurers, including Underwriters at Lloyd's ("Lloyd's"), in respect of the damage resulting from the purchase of the boiler from C.E. On June 12, 2001, in an agreement entitled "Confidential Settlement Agreement and Release", Domtar agreed to waive a series of insurance claims against Lloyd's in exchange for a total payment of US$10,500,000, including US$1,000,000 expressly identified as being for the settlement "of all past, present and future claims of any and all other types" (*Domtar inc. v. A.B.B. inc.*, [2003]

attendre l'année suivante pour que C.E. adopte les attaches souples à titre de standard officiel. C.E. n'élimine pas complètement l'utilisation des attaches rigides de type « H »; elle les utilise encore à ce jour dans la conception de certaines nouvelles chaudières et lors de la réparation de chaudières livrées avec de telles attaches.

10 Le 24 mars 1989, soit 18 mois après la mise en service de la chaudière, Domtar procède à un arrêt imprévu de l'appareil afin de l'inspecter à la suite d'un bruit anormal provenant du surchauffeur. En effectuant des tests standards, on découvre 6 fuites et 97 fissures dans le ITSH; 667 fissures sont aussi dénombrées dans le HTSH. Domtar demande alors à C.E. de procéder aux réparations nécessaires. Durant cet arrêt de la chaudière, seulement 20 p. 100 des attaches sont inspectées en détail. C.E. remplace 99 attaches rigides dans le ITSH et 690 dans le HTSH par des attaches souples. La chaudière de récupération est remise en service seulement le 6 avril 1989.

1.3 *Décision de remplacer le surchauffeur*

11 À la suite de la remise en service de la chaudière, les parties poursuivent des discussions afin de trouver une solution permanente au problème. Domtar demande à C.E. de réparer le surchauffeur, mais C.E. refuse. Elle propose à Domtar de remplacer la section HTSH du surchauffeur en utilisant plus d'attaches souples et d'inspecter toutes les attaches rigides des sections LTSH et ITSH. Domtar choisit plutôt de remplacer le surchauffeur en entier.

12 Devant le désaccord, Domtar entame des poursuites judiciaires contre C.E. Parallèlement, Domtar poursuit aussi divers assureurs dont Underwriters at Lloyd's (« Lloyd's ») pour les dommages découlant de l'achat de la chaudière de C.E. Le 12 juin 2001, aux termes d'une entente intitulée « Confidential Settlement Agreement and Release », Domtar convient de renoncer à un ensemble de réclamations d'assurance contre Lloyd's pour un paiement total de 10 500 000 $US, dont un montant de 1 000 000 $US est expressément prévu pour le règlement [TRADUCTION] « de toute réclamation, passée, présente et future, de quelque nature qu'elle

R.J.Q. 2194 (Sup. Ct.), at para. 228). In accordance with the agreement, it discontinued its action against Lloyd's.

13 Domtar also claimed the enforcement of a performance bond under which Chubb Insurance Company of Canada ("Chubb") stood surety for C.E. in respect of its obligations to Domtar. In a second case, Domtar sued Arkwright Mutual Insurance Company ("Arkwright") under an all risk insurance policy issued to it.

14 In October 1989, Babcock & Wilcox ("B. & W."), another recovery boiler manufacturer, replaced the three banks of the C.E. superheater with elements installed using hinge-pin attachments. After this, a comprehensive analysis of the C.E. superheater revealed three new leaks and a tube failure in the ITSH, as well as 272 cracks in the HTSH, 463 in the ITSH and 124 in the LTSH. The depth of some of the cracks in the ITSH exceeded 50 percent of the thickness of one of the tubes. Domtar used the B. & W. superheater for 10 years without any reported leaks or unscheduled shutdowns because of leaks. This superheater was replaced in 1999.

2. Judicial History

2.1 *Quebec Superior Court*

15 According to Hilton J., the cracks and leaks related to the use of tie welds did not constitute a design defect, but rather a design feature of the superheater, since the superheater could be used for its intended purpose despite the cracks. However, he found that C.E. had not discharged its duty to inform, since it had not given Domtar the information it possessed about the respective characteristics of tie welds and hinge-pin attachments. The judge was satisfied that Domtar would have opted for hinge-pin attachments had it received this information from C.E. He also felt that while it might have been open to C.E. to set up the limitation of

soit » (*Domtar inc. c. A.B.B. inc.*, [2003] R.J.Q. 2194 (C.S.), par. 228). Conformément à cette entente, Domtar se désiste de son recours contre Lloyd's.

Par ailleurs, Domtar réclame la mise en œuvre du cautionnement d'exécution auquel Chubb du Canada Compagnie d'Assurance (« Chubb ») est tenue en garantie des obligations de C.E. envers Domtar. Dans un deuxième dossier, Domtar poursuit aussi Arkwright Mutual Insurance Company (« Arkwright ») en vertu d'une police d'assurance tous risques émise en sa faveur.

Au cours du mois d'octobre 1989, Babcock & Wilcox (« B. & W. »), un autre fabricant de chaudières de récupération, remplace les trois compartiments du surchauffeur de C.E. par des éléments dotés d'attaches souples. À la suite de ce remplacement, une analyse complète du surchauffeur de C.E. révèle l'existence de trois nouvelles fuites, d'une rupture d'un tube du ITSH ainsi que de 272 fissures dans le HTSH, 463 dans le ITSH et 124 dans le LTSH. Par ailleurs, la profondeur de certaines fissures dans le ITSH dépasse 50 p. 100 de l'épaisseur d'un des tubes. Domtar utilisera le surchauffeur B. & W. pendant 10 ans durant lesquels aucune fuite ni aucune interruption non planifiée en raison d'une fuite n'est rapportée. Ce surchauffeur est remplacé en 1999.

2. Historique judiciaire

2.1 *Cour supérieure du Québec*

Selon le juge Hilton, la fissuration et les fuites reliées au choix d'attaches rigides ne constituent pas un vice de conception, mais plutôt une particularité technique du surchauffeur, puisque celui-ci pouvait être utilisé tel qu'il était conçu malgré la présence de fissures. Le juge conclut cependant que C.E. n'a pas rempli son obligation de renseignement, car elle n'a jamais dévoilé à Domtar les informations qu'elle détenait sur les caractéristiques respectives des attaches rigides et des attaches souples. Le juge se dit convaincu que Domtar aurait choisi les attaches souples si elle avait reçu ces informations de C.E. Le juge est aussi d'avis que C.E.

liability clause against a latent defect claim, C.E. could not invoke the clause in the instant case to defend against the consequences of the breach of its duty to inform Domtar. The trial judge condemned C.E. to pay the damages agreed upon by the parties, less the $1,578,900 (US$1,000,000) paid by Lloyd's, on the basis that Lloyd's was, as a result of that payment, subrogated to Domtar's rights.

Finally, because he had found that there was no latent defect, the trial judge dismissed the action against Chubb relating to the performance bond: [2003] R.J.Q. 2194. In a separate judgment, he also dismissed Domtar's claim against its other insurer, Arkwright, on the basis that the damage connected with the superheater did not constitute an insured loss: SOQUIJ AZ-50181803.

2.2 *Quebec Court of Appeal*

Although it did not question the trial judge's findings of fact, the Court of Appeal ruled that C.E. was liable on the basis of the legal warranty against latent defects. According to the Court of Appeal, the evidence clearly established that Domtar was looking for a reliable boiler that would operate without interruption, and that C.E. was aware of this. Domtar would not have purchased this boiler had it known that the tie welds would cause unscheduled shutdowns. The Court of Appeal then considered C.E.'s duty to inform. Like the trial judge, it held that C.E. had breached its duty to inform Domtar. Since C.E. knew or was presumed to have known about the defect, it could not rely on the limitation of liability clause. In the Court of Appeal's opinion, Domtar was accordingly entitled to replace the entire superheater at C.E.'s expense. However, the Court of Appeal disagreed with the trial judge on deducting the $1,578,900 paid by Lloyd's. It therefore allowed Domtar's cross-appeal and increased the quantum of the order against C.E. accordingly: [2005] R.J.Q. 2267, 2005 QCCA 733.

aurait pu opposer la clause limitative de responsabilité à une réclamation fondée sur l'existence d'un vice caché, mais qu'elle ne peut en l'espèce l'invoquer en défense à son manquement à l'obligation de renseigner Domtar. Le juge de première instance condamne C.E. à payer à Domtar les dommages-intérêts convenus entre les parties, moins le montant du paiement de 1 578 900 $ (1 000 000 $US) effectué par Lloyd's, qui aurait opéré subrogation en sa faveur.

16 Enfin, en raison de sa conclusion quant à l'absence de vice caché, le juge de première instance rejette l'action contre Chubb fondée sur le cautionnement : [2003] R.J.Q. 2194. Dans un jugement séparé, il rejette aussi la réclamation de Domtar contre son autre assureur, Arkwright, au motif que les dommages reliés au surchauffeur ne constituaient pas une perte assurée : SOQUIJ AZ-50181803.

2.2 *Cour d'appel du Québec*

17 Sans remettre en question les constatations de fait du juge de première instance, la Cour d'appel retient la responsabilité de C.E. sur la base de la garantie légale contre les vices cachés. Selon la Cour d'appel, la preuve établit clairement que Domtar cherchait, à la connaissance de C.E., une chaudière fiable qui permettait un fonctionnement continu. Domtar n'aurait pas acquis cette chaudière si elle avait su que les attaches rigides causeraient des interruptions imprévues. La Cour d'appel se penche ensuite sur l'obligation de renseignement de C.E. Comme le juge de première instance, elle conclut que C.E. a manqué à son obligation de renseignement envers Domtar. Connaissant le vice ou étant présumée le connaître, C.E. ne peut invoquer la clause limitative de responsabilité. Pour la Cour d'appel, Domtar était donc en droit de remplacer le surchauffeur en entier aux frais de C.E. La Cour d'appel se dit cependant en désaccord avec l'opinion du juge de première instance en ce qui a trait à la déductibilité du montant de 1 578 900 $ payé par Lloyd's. Par conséquent, la Cour d'appel accueille l'appel incident de Domtar et augmente d'autant la condamnation contre C.E. : [2005] R.J.Q. 2267, 2005 QCCA 733.

18 The Court of Appeal condemned the insurer Chubb, solidarily with C.E., to pay Domtar $725,938.90 based on the performance bond: [2005] Q.J. No. 11601 (QL), 2005 QCCA 730. Finally, in the action against the insurer Arkwright, the Court of Appeal dismissed Domtar's appeal on the basis of the clause excluding from coverage losses resulting from latent defects: [2005] R.R.A. 1046, 2005 QCCA 732.

3. Analysis

3.1 *Issues*

19 In the main case, the parties put five questions to this Court. First, was there a latent defect in the superheater? Second, did C.E. breach its duty to inform or Domtar its duty to inquire? Third, in what circumstances may a limitation of liability clause be set up against a buyer? Fourth, is Domtar entitled to recover the costs it incurred to replace the superheater? Fifth, was Lloyd's subrogated to Domtar's rights in respect of the payment it made to Domtar?

20 In the two incidental cases, the parties ask the Court to decide whether Domtar may require Chubb to execute its performance bond and whether the replacement of the superheater is a loss covered by Arkwright's all risk insurance policy.

21 We will begin by summarizing the parties' arguments and reviewing the most important of the relevant statutory provisions. We will then turn to the questions of law raised in the three cases.

3.2 *Arguments of the Parties in the Main Case*

22 C.E. has changed its arguments since the case began. At first, one of its main submissions was that the problems were due to improper use of the superheater. This defence has been abandoned. C.E. now submits that the rigidity of the attachments or

La Cour d'appel condamne l'assureur Chubb, solidairement avec C.E., à payer à Domtar un montant de 725 938,90 $ sur la base du contrat de cautionnement : [2005] J.Q. nº 11601 (QL), 2005 QCCA 730. Enfin, dans l'action contre l'assureur Arkwright, la Cour d'appel rejette l'appel de Domtar en se fondant sur la clause d'exclusion de couverture des pertes résultant de vices cachés : [2005] R.R.A. 1046, 2005 QCCA 732.

3. Analyse

3.1 *Les questions en litige*

Dans le dossier principal, les parties posent cinq questions à notre Cour. Premièrement, le surchauffeur était-il atteint d'un vice caché? Deuxièmement, C.E. ou Domtar ont-elles manqué à leurs obligations respectives de renseigner ou de se renseigner? Troisièmement, dans quelles circonstances une clause limitative de responsabilité est-elle opposable à l'acheteur? Quatrièmement, Domtar a-t-elle le droit d'être remboursée des dépenses engagées pour remplacer le surchauffeur? Et cinquièmement, l'assureur Lloyd's a-t-il été subrogé dans les droits de Domtar à l'égard du paiement qu'il lui a versé?

Dans les deux dossiers accessoires, les parties demandent à notre Cour de décider si Domtar peut exiger de Chubb l'exécution de son cautionnement et si le remplacement du surchauffeur constitue une perte couverte par la police d'assurance tous risques d'Arkwright.

Nous résumerons d'abord les prétentions des parties et rappellerons les principales dispositions législatives pertinentes. Puis, nous étudierons les questions de droit soulevées dans les trois dossiers.

3.2 *Prétentions des parties dans le dossier principal*

Les prétentions de C.E. ont évolué depuis le début du litige. En effet, l'un des arguments principaux de C.E. était, à l'origine, que les problèmes étaient dus à une mauvaise utilisation du surchauffeur. Ce moyen de défense a été abandonné. C.E.

the cracking inside the superheater does not constitute a latent defect. It argues that Domtar, as an informed user of recovery boilers, cannot claim to have been unaware of the characteristics of tie welds and hinge-pin attachments and that Domtar breached its own duty to inquire.

C.E. also submits that it was protected by a limitation of liability clause because Domtar had a power of negotiation equal to its own. In C.E.'s view, the voluntary agreement of the parties must therefore prevail. Finally, C.E. argues that Domtar failed to mitigate its damages and that the $1,578,900 payment by Lloyd's to Domtar should reduce Domtar's claim against C.E. accordingly.

Domtar defends the Court of Appeal's conclusion that there was a latent defect in the superheater. According to Domtar, C.E. knew or should have known at the time of the sale about the problem with the type of attachments to be used and should have proposed hinge-pin attachments to Domtar. It therefore breached its duty to inform with regard to the likelihood of leaks and cracks associated with the use of tie welds. The decision to replace the superheater was reasonable in light of the information disclosed by C.E.

Before turning to the merits of the case, we must resolve two preliminary questions. First, in light of the date and nature of the claim, is it the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C.") or the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."), that applies under the transitional law rules? Second, did the Court of Appeal have jurisdiction to interfere with the trial judge's conclusion that there was no latent defect?

3.3 *Transitional Law*

The main case concerns a contract of sale signed by the parties on December 31, 1984. As mentioned above, the parties' arguments require that this Court determine whether there was a latent defect

plaide maintenant que la rigidité des attaches ou la fissuration à l'intérieur du surchauffeur ne constituent pas un vice caché. Selon C.E., Domtar, à titre d'utilisatrice avertie de chaudières de récupération, ne peut prétendre qu'elle ignorait les propriétés des attaches rigides et des attaches souples et aurait d'ailleurs manqué à sa propre obligation de se renseigner.

23 C.E. soutient également qu'une clause limitative de responsabilité la protégeait parce que Domtar avait un pouvoir de négociation égal au sien. Pour C.E., il importe alors d'accorder préséance à la volonté des parties. C.E. plaide enfin que Domtar n'a pas minimisé ses dommages et que le paiement de 1 578 900 $ fait par l'assureur Lloyd's à Domtar devrait réduire d'autant la réclamation de cette dernière à son endroit.

24 De son côté, Domtar défend la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle le surchauffeur est affecté d'un vice caché. Selon elle, C.E. connaissait ou aurait dû connaître le problème associé au type d'attaches utilisées au moment de la vente et aurait dû proposer des attaches souples à Domtar. C.E. aurait donc manqué à son obligation de communication concernant la probabilité de fuites et de fissures associées à l'utilisation d'attaches rigides. La décision de remplacer le surchauffeur était raisonnable compte tenu des informations transmises par C.E.

25 Avant d'aborder le fond du litige, il faut régler deux questions préliminaires. D'abord, vu la date et la nature de la réclamation, quelles dispositions du *Code civil du Bas Canada* (« C.c.B.C. ») ou du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), s'appliquent en vertu des règles du droit transitoire? Ensuite, la Cour d'appel avait-elle le pouvoir d'intervenir sur la conclusion du juge de première instance concernant l'absence de vice caché?

3.3 *Le droit transitoire*

26 Le dossier principal porte sur un contrat de vente conclu entre les parties le 31 décembre 1984. Comme on l'a vu plus haut, les prétentions des parties imposent à notre Cour de déterminer si le

in the superheater and, if so, whether C.E. may rely on a limitation of liability clause.

27 Section 83 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57 ("A.I.R.C.C."), provides that the rules of the C.C.L.C. governing legal and conventional warranties continue to apply to a contract entered into before 1994. It reads as follows:

> **83.** In any contract made before 1 January 1994, the former legislation continues to apply to the warranties, both legal or conventional, to which the contracting parties are obliged between themselves or in respect of their heirs or successors by particular title.

This provision represents a specific application of the general rule in s. 4 A.I.R.C.C. that the former supplementary legislation subsists for the purpose of determining the extent and scope of the parties' rights and obligations and the effects of the contract: *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), vol. 3, at p. 71.

28 Section 83 A.I.R.C.C. is complemented in civil liability matters by s. 85 A.I.R.C.C. which reads as follows:

> **85.** The conditions of civil liability are governed by the legislation in force at the time of the fault or act which causes the injury.

In his commentary on this provision (at p. 72), the Minister of Justice took care to specify

> [TRANSLATION] that since the conditions of civil liability are thus governed by the legislation in force at the time of the injurious fault or act, the grounds for exemption from liability, which are necessarily tied to the conditions of that liability, will also be governed by that same legislation . . . .

29 Sections 83 and 85 A.I.R.C.C. belong to the chapter setting out special provisions (ss. 11 to 170). In the event of conflict, they take precedence over the Act's general provisions (ss. 2 to 10): P.-A. Côté and D. Jutras, *Le droit transitoire civil: Sources annotées* (loose-leaf), at pp. I/3-1 *et seq.*

30 In the case at bar, Domtar has brought against C.E. an action in contract for damages that is based

surchauffeur était affecté d'un vice caché et, le cas échéant, si C.E. peut invoquer une clause limitative de responsabilité.

L'article 83 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57 (« L.a.r.C.c. »), dispose que les règles du C.c.B.C. concernant les garanties légales et conventionnelles continuent de s'appliquer à un contrat conclu avant 1994. Cet article se lit comme suit :

> **83.** Pour tout contrat conclu antérieurement au 1er janvier 1994, la loi ancienne demeure applicable aux garanties, légales ou conventionnelles, dues par les parties contractantes entre elles ou à l'égard de leurs héritiers ou ayants cause à titre particulier.

Cette disposition représente une application particulière de la règle générale énoncée par l'art. 4 L.a.r.C.c. de la survie de la loi supplétive ancienne pour déterminer la portée et l'étendue des droits et obligations des parties, de même que les effets du contrat : *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. 3, p. 71.

L'article 83 L.a.r.C.c. est complété par l'art. 85 L.a.r.C.c. en matière de responsabilité civile, dont voici le texte :

> **85.** Les conditions de la responsabilité civile sont régies par la loi en vigueur au moment de la faute ou du fait qui a causé le préjudice.

Dans ses commentaires sur cette disposition (p. 72), le ministre de la Justice prend aussi le soin de préciser

> que les conditions de la responsabilité civile étant ainsi régies par la loi en vigueur au moment de la faute ou du fait préjudiciable, il s'ensuit que les causes d'exonération de responsabilité, nécessairement liées aux conditions de cette responsabilité, seront également régies par cette même loi . . .

Les articles 83 et 85 L.a.r.C.c. appartiennent au chapitre des dispositions particulières (art. 11 à 170). En cas de conflit, ils ont préséance sur les dispositions générales de la loi (art. 2 à 10) : P.-A. Côté et D. Jutras, *Le droit transitoire civil : Sources annotées* (feuilles mobiles), p. I/3-1 et suiv.

En l'espèce, Domtar exerce contre C.E. une action contractuelle en dommages-intérêts fondée

on the warranty against latent defects. All the facts alleged in support of this action occurred before 1994. In light of ss. 83 and 85 A.I.R.C.C., we conclude that in this case, the issues relating to the warranty against latent defects must be resolved by applying the C.C.L.C.

This being said, whether it is the C.C.L.C. or the C.C.Q. that is applied will have no impact on the outcome of the case, since the C.C.Q. essentially reproduces the C.C.L.C.'s rules where the warranty against latent defects in issue here is concerned, despite certain changes in the wording of the provisions relating to the issues of this case. The relevant provisions are reproduced in the Appendix.

Finally, the issue of subrogation in respect of the payment made by Lloyd's and the incidental actions involving Chubb and Arkwright do not raise any special problems of transitional law. The answers to these questions depend essentially on a review of the stipulations in the contracts between the parties.

At this point, it will be necessary to consider whether the Court of Appeal had the authority to interfere with the trial judge's finding that there was no latent defect. C.E. contests the legitimacy of the Court of Appeal's recharacterization of the defects as latent defects, which it sees as improper interference with the trial judge's assessment of the facts.

3.4 *Standard for Intervention by the Court of Appeal*

In discussing the Court of Appeal's position, it is important to clearly understand the nature of its intervention with regard to the facts. Some fundamental distinctions must be drawn. In *Desgagné v. Fabrique de St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 S.C.R. 19, this Court distinguished the simple assessment of facts from the legal characterization of those facts. Thus, an appellate court has the power, in exercising its jurisdiction, to reach its own legal

sur la garantie contre les vices cachés. Tous les faits allégués au soutien de cette action se sont produits avant 1994. L'application des art. 83 et 85 L.a.r.C.c. nous amène à conclure que les questions dans le présent dossier concernant la garantie contre les vices cachés doivent être réglées par application du C.c.B.C.

31 Cela dit, l'application de l'un ou l'autre du C.c.B.C. ou du C.c.Q. n'aura pas de conséquence sur le sort du litige puisque le C.c.Q. reprend substantiellement les règles du C.c.B.C. pour ce qui est de la garantie contre les vices cachés applicable en l'espèce, malgré certains changements dans la rédaction des textes législatifs relatifs aux questions en litige. Les dispositions pertinentes sont reproduites en annexe.

32 Enfin, le problème du caractère subrogatoire du paiement de Lloyd's et les actions accessoires impliquant Chubb et Arkwright ne soulèvent pas de difficultés particulières en droit transitoire. En effet, la réponse à ces questions dépend essentiellement de l'examen des stipulations des contrats intervenus entre les parties.

33 Il convient maintenant d'examiner si la Cour d'appel avait le pouvoir d'intervenir sur la conclusion d'absence de vice caché tirée par le juge de première instance. En effet, C.E. remet en cause la légitimité de sa requalification des vices comme vices cachés, qui équivaudrait à une intervention inadmissible dans la détermination des faits par le premier juge.

3.4 *La norme d'intervention de la Cour d'appel*

34 Dans la discussion de la position de la Cour d'appel, il importe de bien saisir la nature de son intervention à l'égard des faits. Des distinctions fondamentales s'imposent. Dans *Desgagné c. Fabrique de St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 R.C.S. 19, la Cour distingue la qualification juridique des faits de leur appréciation proprement dite. Ainsi, une cour d'appel a le pouvoir, dans l'exercice de sa compétence, de requalifier juridiquement des faits dont elle

characterization of the facts even though it accepts the trial judge's assessment of them. Beetz J. stated the following (at p. 31):

> Counsel for the respondents and appellant Lauréanne Harvey Desgagné argued that the gradual appearance of the construction defects is a question of fact which is within the exclusive province of the trial judge. That is not my view. Rather, I think it is a question of characterization and so considerably more than a simple question of fact. It is necessary to apply to the facts the legal concept of gradual emergence under art. 2259, just as, for example, in a civil liability case the Court has to decide whether a person's act or omission should be characterized as fault within the meaning of art. 1053. This requires making an essentially normative judgment. It therefore does not entail substituting my own view of the evidence for that of the trial judge, but drawing conclusions in law based on the facts which she herself considered to have been established. When an appellate court accepts all the conclusions of fact as such made by the trial judge, as I do, it is in as good a position as he is to characterize those facts.

35 A few years later, in *Placement Jacpar Inc. v. Benzakour*, [1989] R.J.Q. 2309, at p. 2318, the Court of Appeal confirmed that the legal nature of the distinction between a latent defect and an apparent defect is also a question of law:

> [TRANSLATION] To [Benzakour], the characterization of a latent defect is essentially a question of fact. With respect for the opinion expressed in *Lafontaine v. Audet*, in which this question was seen primarily as one coming within the trier of fact's power of assessment [p. 8 of the reasons of Monet J.A.], this Court's position appears instead to be that this is a legal characterization issue. This Court is in as good a position as the trial judge to rule on it once the trial judge has established the facts on which the conclusions are based.

See to the same effect: *Marquis v. Saltsman*, J.E. 2002-1729 (C.A.), SOQUIJ AZ-50143509, at para. 51; *Rousseau v. 2732-1678 Québec inc.*, [1999] R.D.I. 565 (C.A.), at pp. 568-69; *Société en commandite A.C. enr. v. Wadieh*, [1997] R.D.I. 345 (C.A.), at p. 348; *Bertrand v. Pelletier*, [1997] R.D.I. 321 (C.A.), at p. 325; *Poirier v. Martucelli*, [1995] R.D.I. 319 (C.A.), at p. 320; *Trottier v. Robitaille*, [1994] R.D.I. 537 (C.A.), at p. 538; *Cloutier v. Létourneau*, [1993] R.L. 530 (C.A.), at p. 531; *Rousseau v. Gagnon*, [1987] R.J.Q. 40 (C.A.), at p. 46.

accepte par ailleurs la détermination par le tribunal de première instance. Le juge Beetz s'exprime ainsi (p. 31) :

> Les procureurs des intimés et de l'appelante Lauréanne Harvey Desgagné ont soutenu que le caractère graduel de la manifestation des vices de construction est une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine du juge de première instance. Ce n'est pas mon avis. Il s'agit plutôt d'une question de qualification et par conséquent de bien plus qu'une simple question de fait. Il faut en effet appliquer aux faits le concept juridique de manifestation graduelle de l'art. 2259, au même titre par exemple que dans une affaire de responsabilité civile, il faut qualifier ou non de faute au sens de l'art. 1053 l'acte ou l'abstention d'une personne. C'est là porter un jugement essentiellement normatif. Il ne s'agit donc pas de substituer ma propre appréciation de la preuve à celle du premier juge, mais de tirer des conclusions en droit à partir des faits qu'il a lui-même considérés comme établis. Lorsqu'une juridiction d'appel accepte toutes les conclusions de fait proprement dites du premier juge, comme je le fais, elle est en aussi bonne position que lui pour qualifier ces faits.

Un peu plus tard, dans *Placement Jacpar Inc. c. Benzakour*, [1989] R.J.Q. 2309, p. 2318, la Cour d'appel a confirmé que la nature juridique de la distinction entre un vice caché et un vice apparent est elle aussi une question de droit :

> Pour [Benzakour], la qualification de vice caché serait fondamentalement une question de fait. Avec respect pour l'opinion exprimée dans l'affaire *Lafontaine c. Audet*, où l'on [y] voyait surtout une question relevant du pouvoir d'appréciation du juge du fait [p. 8 de l'opinion du juge Monet], la position de notre Cour semble plutôt à l'effet qu'il s'agit là d'un problème de qualification juridique. Elle peut aussi bien se prononcer que le juge de première instance, les faits au soutien des conclusions étant établis par celui-ci.

Voir dans le même sens : *Marquis c. Saltsman*, J.E. 2002-1729 (C.A.), SOQUIJ AZ-50143509, par. 51; *Rousseau c. 2732-1678 Québec inc.*, [1999] R.D.I. 565 (C.A.), p. 568-569; *Société en commandite A.C. enr. c. Wadieh*, [1997] R.D.I. 345 (C.A.), p. 348; *Bertrand c. Pelletier*, [1997] R.D.I. 321 (C.A.), p. 325; *Poirier c. Martucelli*, [1995] R.D.I. 319 (C.A.), p. 320; *Trottier c. Robitaille*, [1994] R.D.I. 537 (C.A.), p. 538; *Cloutier c. Létourneau*, [1993] R.L. 530 (C.A.), p. 531; *Rousseau c. Gagnon*, [1987] R.J.Q. 40 (C.A.), p. 46.

In the instant case, the Court of Appeal began by noting that the parties were not contesting the trial judge's findings of fact ([2005] R.J.Q. 2267, at para. 42). Thus, because tie welds were used, it was inevitable that cracks would develop, and probable that leaks would occur (paras. 100-101). According to the Court of Appeal, the trial judge had not attached enough importance to Domtar's intention to keep the recovery boiler in continuous use. It noted that the trial judge had found even so that Domtar would not have purchased the boiler had it known that the tie welds were likely to cause unscheduled shutdowns. Because the unscheduled shutdowns of the boiler resulted in an inability to use it, the Court of Appeal characterized this defect as a latent defect.

In intervening, the Court of Appeal did not reassess the evidence in the record. Rather, it relied directly on the trial judge's findings of fact to arrive at a different conclusion of law regarding the nature of the defect (at para. 99):

> [TRANSLATION] The trial judge did not find that there was a latent defect in the equipment sold. With respect, we are of the opinion that his findings of fact should have led him to an affirmative conclusion on this point. [Emphasis added.]

This conclusion is not inconsistent with the principle of deference for a trial judge's assessment of the facts. Rather, the issue here is one of legal characterization, and therefore a question of law. Consequently, the Court of Appeal had the power to vary the trial judge's finding on the existence of a latent defect. Now that these preliminary issues have been settled, we will turn to the issue of the legal warranty against latent defects in a contract of sale governed by the C.C.L.C.

3.5 *Effect of the Status of the Manufacturer and the Buyer on Their Obligations Under the Contract of Sale*

In the case at bar, C.E. argues that a separate scheme must govern contracts of sale between professional sellers and professional buyers. In its

36 En l'espèce, la Cour d'appel a d'abord souligné que les parties ne remettaient pas en question les constatations de fait du juge de première instance ([2005] R.J.Q. 2267, par. 42). Ainsi, en raison de l'utilisation d'attaches rigides, l'apparition de fissures était inévitable et celle de fuites était probable (par. 100-101). La Cour d'appel reproche au juge de première instance de n'avoir pas accordé suffisamment d'importance à l'usage continu auquel Domtar destinait la chaudière de récupération. Elle fait remarquer que le juge de première instance a pourtant conclu que Domtar ne l'aurait pas acquise si elle avait su que ces attaches rigides étaient susceptibles de causer des interruptions imprévues. Le défaut d'usage qu'entraînent les interruptions imprévues de la chaudière permet à la Cour d'appel de qualifier cette défectuosité de vice caché.

37 Dans son intervention, la Cour d'appel ne réévalue pas la preuve au dossier. Elle s'appuie plutôt directement sur les constatations de fait du juge de première instance pour arriver à une conclusion de droit différente sur la nature du défaut (par. 99) :

> Le premier juge n'a pas conclu que l'équipement vendu était affecté d'un vice caché. Avec égards, nous sommes d'opinion que ses constatations de fait auraient dû le mener à une conclusion affirmative à ce sujet. [Nous soulignons.]

Cette conclusion ne viole pas le principe de retenue judiciaire à l'égard de la détermination des faits par le juge de première instance. Il s'agit plutôt d'un problème de qualification juridique, donc d'une question de droit. Par conséquent, la Cour d'appel avait le pouvoir de modifier la conclusion du juge de première instance sur l'existence d'un vice caché. Ces questions préliminaires réglées, nous passerons à l'examen de la garantie légale contre les vices cachés dans un contrat de vente régi par le C.c.B.C.

3.5 *L'effet de la qualité du fabricant et de celle de l'acheteur sur leurs obligations découlant du contrat de vente*

38 En l'espèce, C.E. plaide qu'un régime distinct doit régir les contrats de vente négociés entre un vendeur et un acheteur professionnels. À son avis, la

view, the seller's warranty against latent defects should vary depending on the respective expertise of the seller and the buyer. It will therefore be necessary to consider the legal effect of this expertise on rights and obligations under a contract of sale.

39 Where the warranty against latent defects is concerned, the characterization of a party as a manufacturer or a professional seller plays an important role in determining whether that party can be presumed to have known about the defects in the good offered for sale. Article 1527 C.C.L.C. provides that any seller who knows or is legally presumed to know about the defects of the thing is obliged to pay for all damage suffered by the buyer. This provision has been interpreted in Quebec civil law as recognizing three categories of sellers corresponding to the individual's level of expertise: manufacturers, professional sellers (specialized or non-specialized) and non-professional sellers.

40 This categorization will determine whether the presumption of knowledge on the seller's part is applicable and will also, as a corollary, determine the scope of the seller's duty to disclose latent defects. Thus, a non-professional seller is not legally presumed to know about the defects of the good being sold, since selling the good in question is not this person's usual occupation. Professional sellers, however, being far more aware of the characteristics of their merchandise, are subject to the presumption of knowledge.

41 In the case at bar, the category of sellers that interests us most is that of the manufacturer. Manufacturers are considered to be the ultimate experts with respect to the goods, because they have control over the labour and materials used to produce them: J. Edwards, *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois* (1998), at p. 289. Moreover, buyers are entitled to expect that manufacturers guarantee the quality of the products they design and market. Consequently, manufacturers are subject to the strongest presumption of knowledge and to the most exacting obligation to disclose latent defects.

garantie du vendeur contre les vices cachés devrait varier selon l'expertise respective du vendeur et de l'acheteur. Il faut donc examiner l'effet juridique de cette expertise sur les droits et obligations découlant du contrat de vente.

En matière de garantie contre les vices cachés, la qualification de fabricant ou de vendeur professionnel joue un rôle important dans la détermination de sa connaissance présumée des défauts du bien offert en vente. En effet, l'art. 1527 C.c.B.C. tient tout vendeur qui connaît ou est légalement présumé connaître les vices de la chose responsable des dommages subis par l'acheteur. Dans le cadre de l'interprétation de cette disposition, le droit civil québécois a identifié trois catégories de vendeurs correspondant à un niveau d'expertise : le fabricant, le vendeur professionnel (spécialisé ou non spécialisé) et le vendeur non professionnel.

Le résultat de l'exercice de catégorisation déterminera l'applicabilité de la présomption de connaissance du vendeur et, en corollaire, l'étendue de son obligation de dénoncer les vices cachés. Ainsi, le vendeur non professionnel n'est pas légalement présumé connaître les vices du bien vendu, car il s'agit d'une personne qui n'a pas pour occupation habituelle la vente du bien en question. Par contre, le vendeur professionnel, beaucoup plus au fait des caractéristiques de sa marchandise, est visé par la présomption de connaissance.

Dans le présent dossier, la catégorie de vendeurs qui nous intéresse plus particulièrement est celle du fabricant. Le fabricant est considéré comme l'expert ultime à l'égard du bien puisqu'il contrôle la main-d'œuvre ainsi que les matériaux utilisés dans la production de ce bien : J. Edwards, *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois* (1998), p. 289. Aussi, l'acheteur a-t-il le droit de s'attendre à ce que le fabricant se porte garant de la qualité du produit qu'il conçoit et met en marché. En conséquence, le fabricant est assujetti à la présomption de connaissance la plus rigoureuse et à l'obligation la plus exigeante de dénoncer les vices cachés.

In the context of the warranty against latent defects, the buyer's expertise is also relevant to the analysis, but for a different purpose than the seller's expertise. Whereas the seller's expertise serves to determine the scope of his or her obligation to disclose, that of the buyer serves, rather, to assess whether the defect is latent or apparent. Thus, the more knowledge a buyer has of a good being purchased, the more likely it is that a defect in that good will be considered apparent. An apparent defect is one that the buyer either detected at the time of the sale or could have detected given his or her knowledge (art. 1523 C.C.L.C. and art. 1726, para. 2 C.C.Q.). Buyers therefore have an obligation to inform *themselves* by carrying out a reasonable inspection of the good. In all cases, the test is whether a reasonable buyer in the same circumstances could have detected the defect at the time of the sale.

42 Dans le cadre du régime de garantie contre les vices cachés, l'expertise de l'acheteur représente aussi un élément pertinent de l'analyse, mais à un niveau différent de celle du vendeur. En effet, alors que l'expertise de ce dernier permet de déterminer l'étendue de son obligation de dénonciation, l'expertise de l'acheteur sert plutôt à évaluer si le vice est caché ou apparent. Ainsi, plus l'acheteur connaît le bien qu'il acquiert, plus le vice affectant ce bien est susceptible d'être considéré comme apparent. Le vice apparent est celui que l'acheteur a décelé ou qu'il aurait pu déceler au moment de la vente en raison de ses connaissances (art. 1523 C.c.B.C. et art. 1726, al. 2 C.c.Q.). Cette exigence impose donc à l'acheteur une obligation de *se* renseigner en procédant à un examen raisonnable du bien. Dans tous les cas, le test consiste à se demander si un acheteur raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait pu déceler le vice au moment de la vente.

We will conclude the discussion in this section with a few comments on the specific situation raised by the parties in the case at bar, that is, where the seller and the buyer are characterized as [TRANSLATION] "professionals of identical expertise", in which case they would be able to contract out of the warranty against latent defects. This argument is based on three judgments of the Quebec Court of Appeal: *Auto Peliss ltée v. Proulx Pontiac Buick ltée*, [2001] R.J.Q. 856; *Garage Robert inc. v. 2426-9888 Québec inc.*, [2001] R.J.Q. 865; *Trois Diamants Autos (1987) ltée v. M.G.B. Auto inc.*, [2001] R.J.Q. 860.

43 Nous terminons la discussion de cette section par quelques remarques sur une situation particulière soulevée par les parties en l'espèce, celle où le vendeur et l'acheteur sont qualifiés de « professionnels de même compétence », ce qui leur permettrait d'exclure conventionnellement la garantie contre les vices cachés. Cet argument est fondé sur trois arrêts de la Cour d'appel du Québec : *Auto Peliss ltée c. Proulx Pontiac Buick ltée*, [2001] R.J.Q. 856; *Garage Robert inc. c. 2426-9888 Québec inc.*, [2001] R.J.Q. 865; *Trois Diamants Autos (1987) ltée c. M.G.B. Auto inc.*, [2001] R.J.Q. 860.

The position taken by the Court of Appeal in this trilogy of cases does not support the appellants' argument. The court's decisions did not relate to the situation of a manufacturer. Nor did the court recognize a presumption of knowledge on the buyer's part that would be incompatible with the warranty against latent defects. Furthermore, the position taken by this Court on the manufacturer's warranty in *General Motors Products of Canada v. Kravitz*, [1979] 1 S.C.R. 790, is clear. In that case, at pp. 798-99, the Court confirmed that, for the purposes of art. 1527 C.C.L.C., a manufacturer and a professional seller are always presumed to be in bad

44 La position de la Cour d'appel dans cette trilogie n'appuie pas l'argument des appelantes. Ses arrêts ne portent pas sur la situation du fabricant. Elle ne reconnaît pas non plus une présomption de connaissance de l'acheteur qui serait incompatible avec le régime de garantie contre les vices cachés. Nous soulignons aussi que la position exprimée par notre Cour à l'égard de la garantie du fabricant dans l'arrêt *General Motors Products of Canada c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790, est claire. Dans ce jugement, aux p. 798-799, notre Cour a affirmé que, pour l'application de l'art. 1527 C.c.B.C., le fabricant et le vendeur professionnel sont toujours présumés être

faith and that the fraudulence associated with the manufacturer's actual or presumed knowledge of a defect is unaffected by the professional status of a buyer who is a dealer. The implication of this line of reasoning is that the buyer's expertise does not nullify the presumption applicable to the manufacturer. Even if a professional buyer is personally in the business of selling a manufacturer's automobiles, he or she cannot be considered to have the same expertise as the manufacturer. Professional buyers, too, are protected by the warranty against latent defects. If a defect is latent, the manufacturer will be unable to rely on a limitation of liability clause unless it can rebut the presumption of knowledge of the defect.

45 At any rate, in the case at bar, C.E. is a manufacturer of recovery boilers, and Domtar bought one of C.E.'s boilers for use in the production of pulp and paper. However expert Domtar may be at using boilers, it cannot be characterized as a professional "of identical expertise" to C.E. As a manufacturer, C.E. had greater expertise than Domtar as regards the characteristics of the recovery boiler in question. The warranty against latent defects is applicable in this case.

3.6 *Manufacturer's Liability for Defects in the Item Sold*

46 When enforcing a legal warranty, a court must first determine whether there was a latent defect in the good sold. At this stage, the analysis relates essentially to the good and to the buyer's conduct. Second, the court will determine whether the seller is liable; this part of the analysis consists in establishing whether the seller knew or is legally presumed to have known about the alleged defect. This determination will enable the court to decide whether a clause limiting the seller's liability can be set up against the buyer. It is therefore important to distinguish the conditions of the seller's liability for a latent defect from the scope of his or her liability.

de mauvaise foi et que la qualité professionnelle de l'acheteur, à titre de concessionnaire, ne modifie pas le caractère dolosif associé à la connaissance réelle ou présumée du vice par le fabricant. Ce raisonnement implique que l'expertise de l'acheteur n'a pas pour effet d'annihiler la présomption qui pèse sur le fabricant. Même s'il a fait lui-même le commerce de voitures provenant d'un fabricant, l'acheteur professionnel ne peut être considéré de même compétence que le fabricant. L'acheteur professionnel bénéficie lui aussi de la garantie contre les vices cachés. Si le vice est caché, le fabricant ne pourra invoquer une clause limitative de responsabilité, à moins de parvenir à réfuter la présomption de connaissance du vice.

De toute manière, en l'occurrence, C.E. est un fabricant de chaudières de récupération et Domtar a acheté l'une des chaudières de C.E. pour l'utiliser dans le cadre de ses activités de production de pâte et papier. Aussi experte que Domtar puisse l'être dans l'utilisation de chaudières, on ne peut la qualifier de professionnelle « de même compétence » que C.E. En tant que fabricant, C.E. avait une plus grande expertise que Domtar des caractéristiques de la chaudière de récupération en cause. Le régime de garantie contre les vices cachés demeure applicable en l'espèce.

3.6 *La responsabilité du fabricant pour les vices de la chose vendue*

Dans la mise en œuvre de la garantie légale, le tribunal doit, en premier lieu, vérifier si le bien vendu était affecté d'un vice caché. À cette étape, l'analyse porte essentiellement sur le bien et sur le comportement de l'acheteur. En deuxième lieu, le tribunal déterminera la responsabilité du vendeur; cette partie de l'analyse consiste à établir si le vendeur avait connaissance du vice allégué ou était légalement présumé le connaître. Cette détermination permettra de décider, s'il y a lieu, de l'opposabilité d'une clause limitant la responsabilité du vendeur. Il importe donc de distinguer les conditions de la responsabilité du vendeur en présence d'un vice caché d'avec l'étendue de sa responsabilité.

3.6.1 Conditions of Liability: Existence of a Latent Defect

3.6.1.1 *Different Types of Latent Defects*

The legislature has not expressly defined what constitutes a "defect". Article 1522 C.C.L.C. does, however, contain some useful information. For example, the first criterion for determining whether a latent defect exists is the loss of use it causes. The purpose of the warranty against latent defects is thus to ensure that the buyer of a good will be able to make practical and economical use of it.

There are three main types of latent defects: the material defect, which relates to a specific good; the functional defect, which relates to the good's design; and the conventional defect, which arises where the buyer has disclosed that the good is to be put to a particular use. Material and functional defects are assessed in light of the normal use to which buyers put the good, whereas a conventional defect is assessed in light of the particular use indicated by the buyer to the seller. However, it is necessary, in discussing this classification, to briefly consider the problem of technological change.

Technological change is a modern-day reality that is characterized by the rapid pace at which improvements are made to products. The trial judge rightly noted that manufacturers are constantly redesigning their products: [2003] R.J.Q. 2194, at para. 161. He was wary, and rightly so, of a tendency to condemn a manufacturer simply because a different version of the original product has since emerged on the market. Selling an improved or better performing version of a product does not render the previous version defective. Differences in quality and possible use between these two versions of the product cannot be characterized as a latent defect. The key factor in the analysis resides in the loss of use, as assessed in light of the buyer's reasonable expectations.

The categories of defects can sometimes overlap. In the case at bar, Domtar complains that the tie

3.6.1 Les conditions de la responsabilité : l'existence d'un vice caché

3.6.1.1 *Différentes formes de vices cachés*

47 Le législateur n'a pas expressément défini ce qui constitue un « défaut » ou un « vice ». Le texte de l'art. 1522 C.c.B.C. comporte toutefois certaines précisions utiles. Ainsi, le premier critère qui permet de déterminer si l'on est en présence d'un défaut caché est le déficit d'usage qu'il engendre. La garantie contre les vices cachés vise ainsi à assurer à l'acheteur l'utilité pratique et économique du bien acquis.

48 Il existe trois formes principales de défauts cachés, soit le défaut matériel qui touche un bien en particulier, le défaut fonctionnel qui affecte la conception du bien et le défaut conventionnel dans le cas où l'acheteur a indiqué l'usage particulier qu'il entend faire du bien. Les défauts matériel et fonctionnel s'apprécient en fonction de l'usage normal que font les acheteurs du bien, alors que le défaut conventionnel s'évalue plutôt en fonction de l'usage particulier que l'acheteur a déclaré au vendeur. Dans l'examen de cette classification, il faut toutefois s'arrêter un instant au problème des changements technologiques.

49 Ces changements technologiques représentent une réalité moderne caractérisée par la rapidité avec laquelle les produits sont perfectionnés. Le juge de première instance a souligné avec à propos que les fabricants révisent constamment la conception technique de leurs produits : [2003] R.J.Q. 2194, par. 161. Avec raison, il s'est mis en garde contre la tendance à condamner un fabricant pour la simple raison qu'une version différente du produit original a été subséquemment mise en marché. La vente d'une version améliorée ou plus performante d'un produit ne rend pas déficiente la version antérieure. L'écart de qualité et la différence dans l'utilisation possible du bien entre ces versions ne sauraient être qualifiés de vice caché. L'élément-clé de l'analyse se retrouve dans le déficit d'usage évalué à la lumière des attentes raisonnables de l'acheteur.

50 Les différentes qualifications du vice peuvent parfois se chevaucher. Ainsi, en l'espèce, Domtar

welds, which were integral to the superheater, compromised the normal operation of the boiler by causing cracks and unforeseeable shutdowns. According to Domtar, the argument that it should not have to accept untimely shutdowns flows from the very nature of the equipment purchased and from the fact that this equipment operates continuously. In this sense, the defect of which Domtar complains is both functional and conventional. However, regardless of how the defect is characterized, it must have four characteristics, all of which are essential to the warranty: it must be latent, must be sufficiently serious, must have existed at the time of the sale and must have been unknown to the buyer.

3.6.1.2 *Latency of the Defect*

51 The latency of the defect is assessed objectively, that is, by reviewing the buyer's examination of the good in light of what a prudent and diligent buyer of identical expertise would have done: P.-G. Jobin, "Précis on sale", in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 3A, at p. 61; M. Pourcelet, *La vente* (5th ed. 1987), at p. 149. In other words, the issue is not limited to ignorance of the defect; it must also be determined whether a reasonable buyer in the same circumstances would have realized that there was a defect.

3.6.1.3 *Seriousness of the Defect*

52 Loss of use does not in itself suffice to support the conclusion that a latent defect exists. The loss must also be serious, that is, it must render the good unfit for its intended use or must so diminish its usefulness that the buyer would not have purchased it at the price paid. This second criterion, the seriousness of the defect, flows from the words of art. 1522 C.C.L.C. However, the defect does not have to render the good completely unusable but simply has to reduce its usefulness significantly in relation to the legitimate expectations of a prudent and diligent buyer.

3.6.1.4 *Existence of the Defect at the Time of the Sale*

53 The defect must also have existed at the time of the sale. This third criterion was developed by the

se plaint du fait que les attaches rigides, partie intégrante du surchauffeur, nuisent au fonctionnement normal de la chaudière en ce qu'elles provoquent des fissures et des arrêts imprévisibles. Selon Domtar, le fait qu'elle n'ait pas à s'exposer à des arrêts inopportuns découle de la nature même de l'équipement acheté et de son fonctionnement continu. En ce sens, le défaut dont se plaint Domtar est à la fois fonctionnel et conventionnel. Cependant, quelle que soit la qualification du vice, il doit présenter quatre caractères, tous essentiels à la garantie : il doit être caché, suffisamment grave, existant au moment de la vente et inconnu de l'acheteur.

3.6.1.2 *Caractère caché du vice*

Le caractère caché du vice s'apprécie selon une norme objective, c'est-à-dire en évaluant l'examen fait par l'acheteur en fonction de celui qu'aurait fait un acheteur prudent et diligent de même compétence : P.-G. Jobin, « Précis sur la vente », dans *La réforme du Code civil* (1993), vol. 2, 359, p. 466; M. Pourcelet, *La vente* (5e éd. 1987), p. 149. Autrement dit, on ne s'interroge pas simplement sur l'ignorance du vice; on cherchera aussi à déterminer si un acheteur raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait constaté le vice.

3.6.1.3 *Gravité du vice*

La simple présence d'un déficit d'usage ne suffit pas en elle-même pour justifier la qualification de vice caché. Encore faut-il que ce déficit d'usage soit grave, c'est-à-dire qu'il rende le bien impropre à l'usage auquel il est destiné ou en diminue tellement l'utilité que son acheteur ne l'aurait pas acheté à ce prix. Ce deuxième critère, celui de la gravité du vice, découle du texte de l'art. 1522 C.c.B.C. Cela dit, il n'est pas nécessaire que le vice empêche toute utilisation du bien, mais simplement qu'il en réduise l'utilité de façon importante, en regard des attentes légitimes d'un acheteur prudent et diligent.

3.6.1.4 *Existence du vice au moment de la vente*

Le vice doit aussi exister au moment de la vente. D'abord établi par la jurisprudence et la doctrine,

courts and commentators before being codified in art. 1726, para. 1 C.C.Q.: *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), vol. I, at p. 1078. What this basically means is that a seller cannot be held liable for a defect caused by abnormal use of the good by the buyer.

3.6.1.5 *Defect Unknown to the Buyer*

It is not enough for the defect to be latent. It must also be unknown to the buyer, as is required by the concluding words of art. 1522 *in fine* C.C.L.C. This criterion is assessed subjectively. Unlike the seller, the buyer is not subject to a presumption of knowledge, since the buyer is always presumed to be in good faith. As a result, the burden of proving actual knowledge of the defect always rests on the seller: Jobin, at p. 60; Pourcelet, at p. 149; T. Rousseau-Houle, *Précis du droit de la vente et du louage* (2nd ed. 1986), at p. 134.

The seller's liability is not the same in every latent defect case. It will accordingly be necessary to review the conditions that determine the scope and applicability of the seller's liability.

3.6.2 Scope of the Seller's Liability

3.6.2.1 *Presumption of Knowledge of Latent Defects on the Seller's Part*

According to art. 1524 C.C.L.C., when a buyer has shown that a latent defect exists, the seller will be held liable "unless it is stipulated that he shall not be obliged to any warranty". However, even if the contract contains a limitation of liability clause, the seller will not always be able to invoke it. Presumed or actual knowledge of the defect can, in certain circumstances, bar the seller from relying on such a clause. Since actual or presumed knowledge of a defect on the seller's part is an indication of bad faith, the seller, in such a case, has not only to repay the sale price, but also to compensate the buyer for any damage caused by the latent defect. A limitation of liability clause may not be set up against the buyer if the seller knew or is legally presumed to have known about the defect: J. Deslauriers,

ce troisième critère est aujourd'hui codifié à l'art. 1726, al. 1 C.c.Q. : *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. I, p. 1078. Essentiellement, il s'agit de ne pas imputer au vendeur la responsabilité d'un vice qui découle d'une utilisation anormale du bien par l'acheteur.

3.6.1.5 *Vice inconnu de l'acheteur*

Il ne suffit pas que le vice soit caché. Il faut encore qu'il soit inconnu de l'acheteur, comme l'exige l'art. 1522 *in fine* C.c.B.C. Ce caractère s'évalue en fonction d'une norme subjective. Contrairement à la présomption de connaissance imposée au vendeur, aucune présomption de connaissance ne pèse sur l'acheteur, qui est toujours présumé de bonne foi. Le fardeau de prouver la connaissance réelle du vice repose donc toujours sur le vendeur : Jobin, p. 464; Pourcelet, p. 149; T. Rousseau-Houle, *Précis du droit de la vente et du louage* (2e éd. 1986), p. 134. 54

La responsabilité du vendeur n'est pas la même dans tous les cas de vice caché. Il convient donc d'étudier les conditions qui déterminent l'étendue et l'application de la responsabilité du vendeur. 55

3.6.2 L'étendue de la responsabilité du vendeur

3.6.2.1 *La présomption de connaissance des vices cachés par le vendeur*

Selon l'art. 1524 C.c.B.C., lorsque l'acheteur a démontré l'existence du vice caché, la responsabilité du vendeur est engagée, « à moins qu'il n'ait stipulé qu'il ne serait obligé à aucune garantie ». Cependant, même si une clause limitant sa responsabilité est stipulée, le vendeur n'est pas toujours admis à l'invoquer. Ainsi, la connaissance présumée ou réelle du vice peut, dans certaines circonstances, empêcher le vendeur de se prévaloir d'une telle clause. Comme la connaissance réelle ou présumée du vice par le vendeur l'identifie comme vendeur de mauvaise foi, elle lui impose non seulement le remboursement du prix de vente, mais aussi l'indemnisation de tous les dommages découlant du vice caché. Une clause limitative de responsabilité reste inopposable à l'acheteur dans la mesure où le 56

"La vente 1", in Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec 1988-1989, vol. 3, 51, at p. 82; Pourcelet, at p. 160; Rousseau-Houle, at pp. 135 and 156. The presumption of knowledge is thus determinative not only of the issue of whether a seller may limit the warranty against latent defects, but above all of that of the scope of the seller's liability.

57 Although the warranty against latent defects originated in Ancient Rome, the presumption of knowledge made its first appearance only in old French law, in particular in the works of DuMoulin, Domat and Pothier: Edwards, at p. 275. Before then, a seller had to have actual knowledge of a defect to be liable for it since all sellers were presumed to be in good faith. The new presumption came into being as a result of the work of certain authors, who were of the opinion that manufacturers and specialized sellers, by reason of their occupations, should know about any defects in their goods. According to Pothier, manufacturers should be considered to be masters of their craft and specialized sellers should be presumed to have a detailed knowledge of the products they sell, and both should accordingly be deprived of the protection afforded sellers in good faith:

[TRANSLATION] There is one case in which the seller, despite having no knowledge whatsoever of the defect in the thing sold, is nevertheless obliged to make reparation for the wrong this defect has caused to the buyer in respect of the buyer's other property: where the seller is an artisan, or a merchant who sells works of his craft, or of the trade that is his profession. Even if this artisan or merchant should claim not to know about the defect, he is obligated to make reparation for any damage the buyer has sustained because of the defect in using the thing for its intended purpose. . . . The reason is that an artisan, by profession of his craft, *spondet peritiam artis*. He becomes liable to all who contract with him for the quality of his works, when they are put to the use for which they are by nature intended. His incompetence or lack of knowledge in any aspect of his craft is a fault on his part, since no one should publicly profess a craft if he does not possess all the knowledge needed to exercise it properly: *Imperitia culpae annumeratur*; l. 132, ff. *Reg. J.* The same is true of the mer-

vendeur connaissait le vice ou était légalement présumé le connaître : J. Deslauriers, « La vente 1 », dans les Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec 1988-1989, vol. 3, 51, p. 82; Pourcelet, p. 160; Rousseau-Houle, p. 135 et 156. La présomption de connaissance joue donc un rôle déterminant non seulement quant à la possibilité pour un vendeur de limiter la garantie contre les vices cachés, mais surtout quant à la détermination de l'étendue de sa responsabilité.

Alors que les origines de la garantie contre les vices cachés remontent à l'époque romaine, la présomption de connaissance est apparue seulement dans l'ancien droit français, notamment dans les œuvres de DuMoulin, Domat et Pothier : Edwards, p. 275. Auparavant, seule la connaissance réelle du vice par le vendeur engageait sa responsabilité, tous les vendeurs étant alors considérés de bonne foi. La nouvelle présomption est apparue sous l'impulsion des travaux de certains auteurs qui considéraient que le fabricant et le vendeur spécialisé devraient connaître les vices affectant leur bien, en raison de leur profession. Ainsi, selon Pothier, il convenait d'imputer au fabricant la maîtrise de son art et au vendeur spécialisé une connaissance approfondie du produit vendu, les privant ainsi de la protection accordée aux vendeurs de bonne foi :

Il y a un cas auquel le vendeur, quand même il aurait ignoré absolument le vice de la chose vendue, est néanmoins tenu de la réparation du tort que ce vice a causé à l'acheteur dans ses autres biens; c'est le cas auquel le vendeur est un ouvrier, ou un marchand qui vend des ouvrages de son art, ou du commerce dont il fait profession. Cet ouvrier ou ce marchand est tenu de la réparation de tout le dommage que l'acheteur a souffert par le vice de la chose vendue, en s'en servant, à l'usage auquel elle est destinée, quand même cet ouvrier ou ce marchand prétendrait avoir ignoré ce vice. [. . .] La raison est qu'un ouvrier, par la profession de son art, *spondet peritiam artis*. Il se rend, envers tous ceux qui contractent avec lui, responsable de la bonté de ses ouvrages, pour l'usage auquel ils sont naturellement destinés. Son impéritie ou défaut de connaissance dans tout ce qui concerne son art, est une faute qui lui est imputée, personne ne devant professer publiquement un art, s'il n'a toutes les connaissances nécessaires pour le bien exercer : *Imperitia culpæ annumeratur*; l. 132, ff. *Reg. J.* Il

chant, whether or not he is also the manufacturer. By reason of his public profession of his trade, he becomes liable for the quality of the wares he sells, when they are put to their intended use. If he is a manufacturer, he must employ, to make his wares, only good artisans, and he is answerable for this. If he is not a manufacturer, he must display only good wares for sale; he must have expert knowledge of his wares and sell only good ones. [Emphasis added.]

(*Œuvres de Pothier* (new ed. 1823), vol. II, No. 214)

en est de même du marchand fabricant ou non fabricant. Par la profession publique qu'il fait de son commerce, il se rend responsable de la bonté des marchandises qu'il débite, pour l'usage auquel elles sont destinées. S'il est fabricant, il ne doit employer, pour les fabriquer, que de bons ouvriers, du fait desquels il répond. S'il n'est pas fabricant, il ne doit exposer en vente que de bonnes marchandises; il doit s'y connaître, et n'en débiter que de bonnes. [Nous soulignons.]

(*Œuvres de Pothier* (nouv. éd. 1823), t. II, n° 214)

This passage, sometimes referred to as [TRANSLATION] "Pothier's rule", was regarded as the main source of art. 1527, para. 2 C.C.L.C.: Edwards, at pp. 280-81; *Traité de droit civil du Québec*, vol. 11, by L. Faribault, 1961, at p. 295; P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, vol. VII, 1906, at p. 112. Inspired by the principles enunciated by Pothier, the commissioners who drafted the C.C.L.C. introduced presumed knowledge into Quebec civil law: Edwards, at p. 276. This attributed knowledge is provided for in arts. 1527 and 1528 C.C.L.C. In principle, sellers are presumed to be in good faith (art. 2202 C.C.L.C.), but they will be held liable if they had actual knowledge of defects (art. 1527, para. 1 C.C.L.C.). Moreover, art. 1527, para. 2 C.C.L.C. relieves the buyer of the burden of proving bad faith on the seller's part if the seller is legally presumed to have known about the defects. What remains is to identify the sellers to whom this presumption applies. 58

Ce passage, parfois qualifié de « règle de Pothier », a été considéré comme la source principale de l'art. 1527, al. 2 C.c.B.C. : Edwards, p. 280-281; *Traité de droit civil du Québec*, t. 11, par L. Faribault, 1961, p. 295; P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. VII, 1906, p. 112. Inspirés par les enseignements de Pothier, les commissaires chargés de la rédaction du C.c.B.C. ont introduit la connaissance présumée en droit civil québécois : Edwards, p. 276. Cette connaissance imputée est prévue aux art. 1527 et 1528 C.c.B.C. En principe, tout vendeur est présumé de bonne foi (art. 2202 C.c.B.C.), mais la connaissance effective du vendeur engage sa responsabilité (art. 1527, al. 1 C.c.B.C.). De plus, l'art. 1527, al. 2 C.c.B.C. dégage l'acheteur de son fardeau de démontrer la mauvaise foi du vendeur lorsque la connaissance de ce dernier est légalement présumée. Il reste alors à déterminer à quels vendeurs cette présomption de connaissance s'applique.

3.6.2.2 *Sellers to Whom the Presumption of Knowledge Applies*

The authors agree that the presumption of knowledge under the C.C.L.C. applies to manufacturers and to specialized professional sellers. Thus, they would not apply it to non-specialized professional sellers or non-professional sellers, since such sellers lack technical expertise or commercial experience with respect to the good, which makes it impossible for them to personally verify the quality of the good: Pourcelet, at p. 158; Rousseau-Houle, at pp. 139-52; F. Langelier, *Cours de droit civil de la province de Québec*, vol. V, 1909, at p. 77; Mignault, at p. 118.

3.6.2.2 *Les vendeurs visés par la présomption de connaissance*

Les auteurs s'entendent pour reconnaître que la présomption de connaissance sous le régime du C.c.B.C. s'applique aux fabricants et aux vendeurs professionnels spécialisés. Ils refusent ainsi d'appliquer la présomption de connaissance aux vendeurs professionnels non spécialisés ou aux vendeurs non professionnels, puisqu'en l'absence de compétence technique ou d'expérience commerciale du bien, ils ne peuvent en vérifier eux-mêmes la qualité : Pourcelet, p. 158; Rousseau-Houle, p. 139-152; F. Langelier, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. V, 1909, p. 77; Mignault, p. 118. 59

60 It should be noted, however, that since the enactment of art. 1733 C.C.Q., the presumption of knowledge has applied to all professional sellers without distinction. Only non-professional sellers are now exempt from the presumption.

Il importe cependant de noter que, depuis l'adoption de l'art. 1733 C.c.Q., la présomption de connaissance s'applique à tous les vendeurs professionnels sans distinction. Seuls les vendeurs non professionnels échappent désormais à la présomption de connaissance.

3.6.2.3 *Rebuttable Nature of the Presumption of Knowledge*

61 The nature of the presumption must now be examined to determine its effect, that is, whether it can ultimately be rebutted and, if so, under what conditions. This Court has considered this question in a number of judgments. *Samson & Filion v. Davie Shipbuilding & Repairing Co.*, [1925] S.C.R. 202, was one of the first leading decisions in which the presumption of knowledge on the seller's part was addressed. That case concerned the sale of used pipes. The contract of sale did not contain a limitation of liability clause. This Court held that the presumption of knowledge does not apply to a non-professional seller with no expertise. Such a seller is not liable for damage caused by the good unless he or she had actual knowledge of the defect. Manufacturers and professional sellers ([TRANSLATION] "who [sell] works of [their] craft, or of the trade that is [their] profession"), on the other hand, are subject to a presumption of knowledge, which is rebuttable.

3.6.2.3 *Caractère réfutable de la présomption de connaissance*

Il faut maintenant examiner la nature de cette présomption pour déterminer son effet, c'est-à-dire, en définitive, si elle peut être renversée et à quelles conditions. Notre Cour a étudié cette question dans quelques jugements. L'arrêt *Samson & Filion c. Davie Shipbuilding & Repairing Co.*, [1925] R.C.S. 202, a été l'un des premiers jugements de principe traitant de la présomption de connaissance du vendeur. Cette affaire portait sur la vente de tuyaux usagés. Le contrat de vente avait été conclu sans clause limitative de responsabilité. Notre Cour a décidé que le vendeur non professionnel qui ne jouit d'aucune expertise n'est pas visé par la présomption de connaissance. Il ne répond des dommages causés par la chose que dans la mesure où il avait une connaissance effective du vice. Par contre, le fabricant et le vendeur professionnel (« qui vend des ouvrages de son art, ou du commerce dont il fait profession ») sont soumis à une présomption de connaissance qu'ils peuvent réfuter.

62 A few years later, this Court rendered its decision in *Touchette v. Pizzagalli*, [1938] S.C.R. 433, which concerned the sale of a new car by a professional seller to a non-professional buyer without the manufacturer's involvement. Under the contract, the warranty was limited to the one provided by the manufacturer. The Court noted that professional sellers are presumed to know about any defects in the goods they sell, although it implicitly acknowledged that a manufacturer or a specialized professional seller can rebut the presumption of knowledge:

Quelques années plus tard, notre Cour rendit l'arrêt *Touchette c. Pizzagalli*, [1938] R.C.S. 433, qui concernait la vente d'une voiture neuve par un vendeur professionnel à un acheteur non professionnel, sans intervention du fabricant. Le contrat mentionnait que la garantie était limitée à celle fournie par le fabricant. La Cour a rappelé qu'un vendeur professionnel est présumé connaître les vices qui affectent les biens qu'il vend, tout en reconnaissant implicitement que la présomption de connaissance peut être réfutée par le fabricant ou le vendeur professionnel spécialisé :

It is now settled that the seller is responsible in respect of all damages sustained by the purchaser by reason of latent defect where the seller is either a manufacturer or a person who deals in, as merchant, articles of the same kind as that which was the subject of the sale. Unless he

[TRADUCTION] Il est maintenant bien établi que le vendeur est responsable de tous les dommages subis par l'acheteur en raison d'un vice caché si le vendeur est soit un fabricant, soit un marchand qui fait le commerce d'articles de même nature que l'objet vendu. À moins

can establish that the defect was such that it could not have been discovered by the most competent and diligent person in his position, his ignorance is no excuse, because it is conclusively presumed (in the absence of such proof) to be the result of negligence or of incompetence in the calling which he publicly practises and in respect of which he thereby professes himself to be competent. The principle is *spondet peritiam artis*. [Emphasis added; p. 439 (*per* Duff C.J.).]

As mentioned above, this Court noted in *Kravitz* that, in the context of the warranty against latent defects, the manufacturer and professional seller of a defective good are presumed to be in bad faith (p. 798). In that case, the Court went even further, however, refusing to allow the manufacturer to transfer its liability to the dealer despite the dealer's professional knowledge (at p. 798):

What is the situation when, as in the case at bar, the manufacturer has sold a new thing to a dealer who is himself a professional seller? If the latter is presumed to be aware of the defects when he resells the thing, does it not follow that he is also presumed to be aware of them when he buys it from the manufacturer? While this reasoning could have some appeal in certain circumstances, it cannot serve to exempt the manufacturer from his liability for latent defects in the thing he has manufactured when he sells it to a dealer who is responsible for reselling it. The manufacturer of a defective thing must assume the ultimate responsibility for his incompetence, actual or presumed. The bad faith of the professional seller toward the non-professional buyer does not convert the "dol" of the manufacturer toward his dealer into an act of good faith. [Emphasis added.]

The Court then analysed the sub-purchaser's action against the dealer and noted that in France, limitation of liability clauses do not relieve manufacturers of liability since the presumption of knowledge applicable to them is not rebuttable (pp. 799-801). The Court did not rule on the nature of the presumption of knowledge applicable to manufacturers (p. 802). It simply concluded that neither the limitation of liability clause included by the dealer in the contract of sale nor the manufacturer's limited warranty could be a bar to the sub-purchaser's extra-contractual remedy against the

de démontrer que la personne la plus diligente et la plus compétente placée dans la même situation n'aurait pas pu découvrir le vice, il ne peut invoquer son ignorance, parce que le vice est présumé de façon concluante (en l'absence d'une telle preuve) résulter de sa négligence ou de son impéritie dans le métier qu'il exerce publiquement et dans lequel il s'affirme donc compétent. Le principe veut que le professionnel réponde de la connaissance de son art. [Nous soulignons; p. 439 (le juge en chef Duff).]

63 Comme nous l'avons déjà signalé, dans *Kravitz*, notre Cour rappelle que, dans le contexte de la garantie contre les vices cachés, une présomption de mauvaise foi pèse sur le fabricant et le vendeur professionnel d'un bien vicié (p. 798). Dans cette affaire, la Cour va cependant plus loin et refuse de permettre au fabricant de transférer sa responsabilité au concessionnaire, et ce, malgré les connaissances professionnelles de ce dernier (p. 798) :

Mais, quelle est la situation lorsque, comme dans l'espèce, le fabricant a vendu un objet neuf à un concessionnaire lui-même vendeur professionnel? Si lors de la revente, ce dernier est présumé connaître les vices, ne doit-on donc pas dire qu'il est également présumé les connaître lorsqu'il achète la chose du manufacturier? Ce raisonnement pourrait peut-être avoir quelque attrait dans certaines circonstances, mais il ne saurait être retenu de façon à permettre au manufacturier de se libérer de toute responsabilité pour les vices cachés dont est atteinte la chose qu'il a fabriquée, du seul fait qu'il la vend à un concessionnaire qui est lui-même chargé de la revendre. Le fabricant d'une chose [viciée] doit porter l'ultime responsabilité de son impéritie, actuelle ou présumée. La mauvaise foi du vendeur professionnel à l'égard de l'acheteur d'occasion ne transforme pas en bonne foi la manœuvre dolosive du fabricant à l'égard de son concessionnaire; [Nous soulignons.]

64 Analysant ensuite le recours du sous-acquéreur contre le concessionnaire, la Cour rappelle qu'en France, les clauses limitatives de responsabilité ne dégagent pas les fabricants de leur responsabilité, la présomption de connaissance qui pèse contre eux étant irréfragable (p. 799-801). La Cour ne se prononce pas sur la nature de la présomption de connaissance applicable au fabricant (p. 802). Elle conclut simplement que la clause limitative de responsabilité contenue dans le contrat de vente par le concessionnaire de même que la garantie limitée du fabricant ne peuvent faire obstacle au recours

manufacturer based on the warranty against latent defects.

65 Some authors have cited the principles enunciated by Pothier or the reference in *Kravitz* to French law as a basis for stating that the presumption of knowledge is irrebuttable, where manufacturers and specialized professional sellers are concerned, because of their duty to be masters of their craft. But these authors concede that the presumption remains rebuttable for non-specialized professional sellers who have no control over the manufacture of the product and no specific knowledge of the product: Edwards, at pp. 289-94; Pourcelet, at pp. 158-59; Mignault, at p. 113.

66 However, the majority view in Quebec law is that the presumption of knowledge provided for in art. 1527 C.C.L.C. is rebuttable, even for manufacturers: *Manac inc./Nortex v. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [2006] R.R.A. 879 (C.A.); also *Oakwood Construction Inc. v. Ratthé*, [1993] R.D.I. 181 (C.A.), at p. 183; *Blandino v. Colagiacomo*, [1989] R.D.I. 148 (C.A.), at pp. 151 and 153; *Oppenheim v. Forestiers R.P.G.M. inc.*, J.E. 2002-1197 (C.A.), SOQUIJ AZ-50133145, at para. 24. Several authors have observed that it is very difficult for a manufacturer to rebut this presumption by showing the court that it was impossible to know about the defect: D.-C. Lamontagne, *Droit de la vente* (1995), at pp. 103-4; Jobin, at p. 62; Deslauriers, at p. 82; Faribault, at pp. 295-96. Indeed, it has been pointed out that there are no known cases in which a manufacturer has in fact succeeded in rebutting the presumption: Rousseau-Houle, at pp. 138-52; Langelier, at p. 77.

67 The new wording of the C.C.Q.'s provisions, which codify the case law under the C.C.L.C., confirms the majority view. In art. 1729 C.C.Q., the legislature kept the word "presumed" rather than using "deemed" (*réputé*). A presumption "concerning presumed facts is simple and may be rebutted by proof to the contrary" (art. 2847, para. 2 C.C.Q.). When the first and second paragraphs of art. 1733 C.C.Q. are read together, it is apparent that the legislature has provided that a professional seller who "was aware or could not have been unaware"

extracontractuel du sous-acquéreur contre le fabricant, fondé sur la garantie contre les vices cachés.

S'appuyant sur des enseignements de Pothier ou à la lumière de la mention du droit français dans *Kravitz*, certains auteurs qualifient la présomption de connaissance d'irréfragable pour le fabricant ou les vendeurs professionnels spécialisés, puisque ces derniers ont le devoir de maîtriser leur art. Ils concèdent par contre qu'elle demeure réfutable pour les vendeurs professionnels non spécialisés, qui ne contrôlent pas la fabrication du produit vendu ou ne possèdent pas de connaissances spécifiques du produit : Edwards, p. 289-294; Pourcelet, p. 158-159; Mignault, p. 113.

La position majoritaire en droit québécois veut cependant que la présomption de connaissance prévue à l'art. 1527 C.c.B.C. demeure réfutable, même pour le fabricant : *Manac inc./ Nortex c. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [2006] R.R.A. 879 (C.A.); aussi *Oakwood Construction Inc. c. Ratthé*, [1993] R.D.I. 181 (C.A.), p. 183; *Blandino c. Colagiacomo*, [1989] R.D.I. 148 (C.A.), p. 151 et 153; *Oppenheim c. Forestiers R.P.G.M. inc.*, J.E. 2002-1197 (C.A.), SOQUIJ AZ-50133145, par. 24. Plusieurs auteurs observent qu'il est très difficile pour un manufacturier de réfuter la présomption, en démontrant au tribunal qu'il ne pouvait pas connaître le vice : D.-C. Lamontagne, *Droit de la vente* (1995), p. 103-104; Jobin, p. 467-468; Deslauriers, p. 82; Faribault, p. 295-296. On a d'ailleurs souligné que selon la jurisprudence connue, aucun fabricant n'a réussi en pratique à repousser la présomption : Rousseau-Houle, p. 138-152; Langelier, p. 77.

La nouvelle rédaction du C.c.Q., qui codifie la jurisprudence établie sous le C.c.B.C., confirme la position majoritaire. À l'article 1729 C.c.Q., le législateur a conservé le terme « présumé » au lieu d'employer le terme « réputé ». Or, la présomption « qui concerne des faits présumés est simple et peut être repoussée par une preuve contraire » (art. 2847, al. 2 C.c.Q.). Par ailleurs, en combinant les premier et deuxième alinéas de l'art. 1733 C.c.Q., on constate que le législateur précise que le vendeur professionnel qui « connaissait ou ne pouvait

of a defect cannot exclude his or her liability. In our opinion, if the legislature took care to mention two situations in which professional sellers cannot exclude their liability, this was because it realized that situations arise in which they might raise as a defence that they were not or could not have been aware of the defect in the thing. Otherwise, the legislature would simply have stated that professional sellers may not exclude their liability by contract.

ignorer » le vice ne peut exclure sa responsabilité. À notre avis, si le législateur a pris le soin d'indiquer deux situations où le vendeur professionnel ne peut exclure sa responsabilité, c'est qu'il reconnaît que, dans certaines situations, des vendeurs professionnels seraient admis à soulever en défense qu'ils ignoraient le vice de la chose ou ne pouvaient le connaître. Autrement, le législateur aurait simplement énoncé que le vendeur professionnel ne peut exclure conventionnellement sa responsabilité.

3.6.2.4 *Means of Rebutting the Presumption of Knowledge on the Manufacturer's Part*

3.6.2.4 *Moyens de réfuter la présomption de connaissance du fabricant*

It can be seen from the case law and the academic commentaries that a single standard governs the defences available to all sellers to rebut the presumption of knowledge applicable to them. As this Court held in *Samson & Filion*, it must be determined whether a reasonable seller in the same circumstances would have been able to detect the defect at the time of the sale. 68

Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine qu'un seul standard régit les moyens de défense qui permettent à tous les vendeurs de réfuter la présomption de connaissance pesant contre eux. Comme l'a décidé notre Cour dans l'affaire *Samson & Filion*, il faut déterminer si le vendeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait été en mesure de découvrir le vice lors de la vente du bien.

Contrary to C.E.'s position, it is never open to a manufacturer to rely on its ignorance of the defect as its sole defence: *Samson & Filion*, *Touchette* and *Kravitz*. The manufacturer may rebut the presumption only by showing that it did not know about the defect *and that its lack of knowledge was justified*, that is, that it could not have discovered the defect even if it had taken every precaution that the buyer would be entitled to expect a reasonable seller to take in the same circumstances. 69

Contrairement à ce que plaide C.E., le fabricant n'est jamais admis à invoquer comme seul moyen de défense son ignorance du vice en question : *Samson & Filion*, *Touchette* et *Kravitz*. Il ne peut réfuter la présomption qu'en démontrant qu'il ignorait le vice *et que son ignorance était justifiée*, c'est-à-dire qu'il n'aurait pu découvrir le vice et ce, même en prenant toutes les précautions auxquelles l'acheteur est en droit de s'attendre d'un vendeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances.

The principle underlying this rule is that to absolve a manufacturer from liability will be justified if the manufacturer shows that it had full knowledge of the technology in its field at the time the good was designed and that the defect in question cannot be attributed to it. This principle is consistent with the idea that gave rise to the presumption of knowledge, as set out by Pothier, according to which manufacturers must be masters of their craft. 70

Le principe qui sous-tend cette règle est qu'il est justifié de ne pas engager la responsabilité du fabricant lorsqu'il démontre qu'il maîtrisait sa technique au moment de la conception du bien et que le vice en question ne saurait lui être imputable. Ce principe rejoint l'idée qui a donné lieu à la présomption de connaissance, telle que l'a exposée Pothier et selon laquelle on exige du fabricant qu'il maîtrise son art.

Although the standard for a rebuttal of the presumption of knowledge will always be an objective 71

Même si on a toujours recours à un standard objectif pour réfuter la présomption de

one, the strength of the presumption will vary depending on the seller's expertise. A non-specialized professional seller will be able to rebut the presumption more easily than a specialized professional seller. Manufacturers will have difficulty rebutting it because they have special knowledge and because they are responsible for manufacturing the goods.

72 Even though the possibility of manufacturers rebutting the presumption is accepted, the high standard of diligence they are required to meet means that the range of defences available to them remains very narrow. Only two defences have been recognized so far, and C.E. has invoked neither of them. Under the first of these defences, a manufacturer can rebut the presumption by proving causal fault on the part of the buyer or a third person, or superior force: *Manac inc./Nortex*, at para. 138; *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. 1, at p. 902. The second defence is that of development risk, but it is still subject to debate in contract matters. This defence enables the manufacturer to avoid liability if it would have been impossible to detect the defect given the state of scientific and technical knowledge at the time the good was put on the market. In such a case, only scientific or technological discoveries made after the good was put on the market will have permitted the defect to be detected. This defence originated in *London & Lancashire Guarantee & Accident Co. of Canada v. Cie F.X. Drolet*, [1944] S.C.R. 82, and is now partially codified in respect of extra-contractual matters in art. 1473 C.C.Q.

3.6.2.5 *Application of the Limitation of Liability Clause*

73 The rules discussed above mean that a professional seller who was aware of a defect or who has not rebutted the presumption of knowledge cannot avoid liability. Such a seller cannot rely on a limitation of liability clause, but is obliged to reimburse the buyer for the sale price and provide compensation for any damage resulting from the latent defect (art. 1527 C.C.L.C.).

connaissance, la rigueur de celle-ci variera en fonction de l'expertise du vendeur. Le vendeur professionnel non spécialisé pourra réfuter la présomption de connaissance plus facilement que le vendeur professionnel spécialisé. Le fabricant réfutera difficilement la présomption de connaissance qui pèse contre lui en raison de ses connaissances privilégiées et du fait qu'il est responsable de la fabrication.

Même si on reconnaît au fabricant la possibilité de réfuter la présomption, le haut niveau de diligence qui lui est imposé rend très limité le spectre des moyens mis à sa disposition. Seulement deux moyens ont été reconnus jusqu'à présent et C.E. ne les invoque ni l'un ni l'autre. Selon un premier moyen, le fabricant peut réfuter la présomption s'il prouve la faute causale de l'acheteur ou d'un tiers ou encore la force majeure : *Manac inc./Nortex*, par. 138; *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 902. Le deuxième moyen est celui du risque de développement, mais il demeure controversé en matière contractuelle. Il s'agit d'un moyen pour le fabricant de s'exonérer lorsque le défaut du bien vendu ne pouvait être découvert en raison de l'état des connaissances scientifiques et techniques lors de sa mise en marché. Dans ces cas, seules les découvertes scientifiques ou technologiques subséquentes à la mise en marché permettent de découvrir le vice du produit. Cette défense s'inspire de l'arrêt *London & Lancashire Guarantee & Accident Co. of Canada c. Cie F.X. Drolet*, [1944] R.C.S. 82, et est maintenant partiellement codifiée en matière extracontractuelle à l'art. 1473 C.c.Q.

3.6.2.5 *Application de la clause limitative de responsabilité*

En raison des règles qui précèdent, le vendeur professionnel qui connaissait le vice ou qui n'a pas réfuté la présomption de connaissance n'est pas admis à exclure sa responsabilité. Il ne peut invoquer une clause limitative et est tenu de restituer le prix de vente à l'acheteur et de l'indemniser de tous les dommages qui découlent du vice caché (art. 1527 C.c.B.C.).

3.6.3 Comparative Aspects

Following this survey of the rules relating to latent defects in Quebec civil law, it may be of interest to consider the extent to which these rules resemble the rules of French law or those that are applied in the rest of Canada. In fact, every provision of the C.C.L.C. respecting the warranty against latent defects is a restatement of the rules of the French Civil Code ("F.C.C."). It will therefore be interesting to see how the issues before the Court have been analysed in French law. Moreover, a brief review of the common law rules will show that they differ significantly from the applicable rules of Quebec law and French law.

3.6.3.1 *French Law*

In French law, the conditions for enforcing the warranty against latent defects are essentially the same as in Quebec law: the defect must be serious, must have existed before ownership was transferred, and must be latent (arts. 1641 and 1642 F.C.C.).

For the determination as to whether a defect is latent, the professional buyer is subject to a rebuttable presumption of knowledge of the defect: A. Bénabent, *Droit civil: Les contrats spéciaux civils et commerciaux* (5th ed. 2001), No. 226; see also O. Barret, "Vente", in *Répertoire de droit civil* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. X, Nos. 563 and 565, and J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux* (2nd ed. 2001), at pp. 329-30. This presumption is stronger where the buyer is from the same field of expertise as the seller. However, professional buyers can rebut the presumption at any time by showing that it would have been impossible for them to detect the defect: Barret, Nos. 569 and 571, and Bénabent, No. 226.

When the conditions for enforcing the warranty are met, the buyer has a redhibitory or an estimatory action against the seller (art. 1644 F.C.C.). It is also open to the buyer to seek damages if the seller knew about the defect (art. 1645 F.C.C.) or is presumed to have known about it. However, these actions may be subject to the application of limitation of liability clauses (art. 1643 F.C.C.).

3.6.3 Aspects comparatifs

74 À la suite de ce tour d'horizon du droit civil québécois en matière de vices cachés, il peut être intéressant de se demander dans quelle mesure ces règles sont similaires à celles du droit français ou à celles qui s'appliquent dans le reste du Canada. En effet, chaque disposition du C.c.B.C. sur le régime de garantie contre les vices cachés reprend les règles du Code civil français (« C.c.fr. »). Il est donc intéressant de voir comment le droit français a examiné ces questions. Par ailleurs, un survol des règles de common law permet de constater qu'elles se distinguent substantiellement des règles applicables en droit québécois et en droit français.

3.6.3.1 *Droit français*

75 En droit français, les conditions d'ouverture de la garantie contre les vices cachés sont essentiellement les mêmes qu'en droit québécois : le vice doit être grave, antérieur au moment du transfert de propriété, et caché (art. 1641 et 1642 C.c.fr.).

76 Dans l'évaluation du caractère caché du vice, une présomption relative de connaissance du vice pèserait contre l'acheteur professionnel : A. Bénabent, *Droit civil : Les contrats spéciaux civils et commerciaux* (5e éd. 2001), nº 226; voir aussi O. Barret, « Vente », dans *Répertoire de droit civil* (2e éd. (feuilles mobiles)), t. X, nos 563 et 565, et J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux* (2e éd. 2001), p. 329-330. Cette présomption s'alourdit si celui-ci est de même spécialité que le vendeur. Toutefois, l'acheteur professionnel peut en tout temps renverser cette présomption en démontrant que le vice était indécelable pour lui : Barret, nos 569 et 571, et Bénabent, nº 226.

77 Lorsque les conditions d'ouverture de la garantie sont remplies, l'acheteur possède un recours rédhibitoire ou estimatoire contre le vendeur (art. 1644 C.c.fr.). De plus, l'acheteur a aussi la faculté de demander des dommages-intérêts si le vendeur avait la connaissance du vice (art. 1645 C.c.fr.) ou était présumé le connaître. Cependant, ces recours peuvent être sujets à l'application de clauses limitatives de responsabilité (art. 1643 C.c.fr.).

78 A professional seller is subject to a presumption of knowledge of latent defects in the good sold (Civ. 1re, November 24, 1954, J.C.P. 1955.II.8565, obs. H.B.; also Civ. 1re, January 19, 1965, D. 1965.389, and obs. G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.* 1965.665). This presumption is almost irrebuttable; the only exception is where it would have been impossible to detect the defect, and the parties are a professional seller and a professional buyer [TRANSLATION] "from the same field of expertise". This exception has rarely been applied by the courts, which have interpreted it narrowly: Com., November 6, 1978, J.C.P. 1979.II.19178, obs. J. Ghestin, and obs. G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.* 1979.392; also Huet, at pp. 348-49, and P. le Tourneau, *La responsabilité civile* (3rd ed. 1982), at p. 375, No. 1183.

79 Developments in French law relating to the presumption of knowledge on the part of professional sellers have incorporated the rules governing the presumption into the legal framework applicable to limitation of liability clauses and have confirmed that the presumption is almost irrebuttable. As a result, the analysis of the presumption of knowledge on the part of professional sellers also applies to the review of limitation of liability clauses. This means that such clauses are valid in principle (art. 1645 F.C.C.), but that they are inapplicable in cases involving professional sellers. On an exceptional basis, a professional seller will be able to invoke a limitation of liability clause if the buyer is a professional from the same area of expertise and if it would not have been impossible to detect the defect: Com., October 8, 1973, J.C.P. 1975.II.17927, obs. J. Ghestin; Civ. 3e, October 30, 1978, J.C.P. 1979.II.19178, obs. J. Ghestin, and obs. G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.* 1979.392; Com., November 6, 1978, J.C.P. 1979.II.19178, obs. J. Ghestin, and obs. G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.* 1979.392. Thus, a professional seller will always be liable where it would have been impossible for the buyer to detect the defect, regardless of the buyer's status.

3.6.3.2 *Common Law*

80 In Canada, the common law rule is that a latent defect must affect an essential characteristic of the good and make that good unfit for its intended use:

Le vendeur professionnel est soumis à une présomption de connaissance des vices cachés affectant le bien vendu (Civ. 1re, 24 novembre 1954, J.C.P. 1955.II.8565, obs. H.B.; aussi Civ. 1re, 19 janvier 1965, D. 1965.389, et obs. G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.* 1965.665). Cette présomption est quasi irréfragable, la seule exception étant lorsque le vice n'était pas indécelable et que le vendeur professionnel et l'acheteur professionnel sont « de la même spécialité ». Cette exception a été rarement utilisée par la jurisprudence, qui l'interprète de façon restrictive : Com., 6 novembre 1978, J.C.P. 1979. II.19178, obs. J. Ghestin, et obs. G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.* 1979.392; aussi Huet, p. 348-349, et P. le Tourneau, *La responsabilité civile* (3e éd. 1982), p. 375, nº 1183.

Les développements en droit français sur la présomption de connaissance du vendeur professionnel ont intégré les règles gouvernant cette présomption au régime juridique des clauses limitatives et ont confirmé son caractère quasi irréfragable. L'analyse de la présomption de connaissance du vendeur professionnel s'applique donc aussi à l'examen des clauses limitatives. Cela signifie que ces clauses sont valides en principe (art. 1645 C.c.fr.), mais inapplicables en présence d'un vendeur professionnel. À titre d'exception, le vendeur professionnel pourra bénéficier d'une clause limitative lorsque son acheteur est un professionnel de même spécialité et que le vice n'était pas indécelable : Com., 8 octobre 1973, J.C.P. 1975.II.17927, obs. J. Ghestin; Civ. 3e, 30 octobre 1978, J.C.P. 1979.II.19178, obs. J. Ghestin, et obs. G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.* 1979.392; Com., 6 novembre 1978, J.C.P. 1979.II.19178, obs. J. Ghestin, et obs. G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.* 1979.392. Ainsi, le vice indécelable pour l'acheteur se trouve toujours à la charge du vendeur professionnel, indépendamment de la qualité de son acheteur.

3.6.3.2 *Common law*

Suivant la common law canadienne, le vice caché doit porter sur une caractéristique essentielle du bien et faire en sorte que celui-ci ne puisse

Tony's Broadloom & Floor Covering Ltd. v. NMC Canada Inc. (1995), 22 O.R. (3d) 244 (Gen. Div.), aff'd (1996), 31 O.R. (3d) 481 (C.A.); *Jenkins v. Foley* (2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 257, 2002 NFCA 46. The onus is on the buyer to prove that the latent defect was known to the seller or that the seller showed reckless disregard for what he or she should have known. However, where it has been established that the seller could have obtained information about an essential characteristic of the good, the seller cannot simply allege an honest belief: *Parlby Construction Ltd. v. Stewart Equipment Co.*, [1972] 1 W.W.R. 503 (B.C.S.C.), at pp. 507 and 509-10.

pas servir à l'usage auquel il est destiné : *Tony's Broadloom & Floor Covering Ltd. c. NMC Canada Inc.* (1995), 22 O.R. (3d) 244 (Div. gén.), conf. par (1996), 31 O.R. (3d) 481 (C.A.); *Jenkins c. Foley* (2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 257, 2002 NFCA 46. L'acheteur a le fardeau de démontrer que le vice caché était connu du vendeur ou que ce dernier a fait preuve d'insouciance téméraire à l'égard de ce qu'il aurait dû savoir. Cependant, dans la mesure où il est établi que le vendeur aurait pu connaître l'information portant sur une caractéristique essentielle du bien, le vendeur ne peut alléguer uniquement une croyance sincère : *Parlby Construction Ltd. c. Stewart Equipment Co.*, [1972] 1 W.W.R. 503 (B.C.S.C.), p. 507 et 509-510.

With some exceptions, provincial and territorial statutes generally allow sellers to limit the warranty against latent defects by contract. Contrary to French and Quebec law, the common law has no specific rule for the special case of professional sellers and buyers of identical expertise. In principle, a limitation of liability clause in a contract between two merchants will be valid unless it is declared to be unenforceable either for unconscionability or because failure to discharge the obligation to which it applies would amount to a fundamental breach of contract. 81

Sauf exceptions, les lois provinciales et territoriales permettent généralement au vendeur de limiter par écrit la garantie contre les vices cachés. Contrairement aux droits français et québécois, la common law ne régit pas spécifiquement la situation particulière entre vendeur et acheteur professionnels de même compétence. Une clause limitative de responsabilité négociée entre deux commerçants demeure en principe valide à moins d'être déclarée inapplicable, soit en vertu de la théorie de l'iniquité (*unconscionability*), soit parce que la clause vise une obligation dont le non-respect constitue une inexécution fondamentale du contrat (*fundamental breach of contract*).

Under the doctrine of unconscionability, a limitation of liability clause will be unenforceable where one party to the contract has abused its negotiating power to take undue advantage of the other. This doctrine is generally applied in the context of a consumer contract or contract of adhesion. 82

La théorie de l'iniquité rend inapplicable une clause limitative de responsabilité lorsqu'une partie abuse de son pouvoir de négociation pour tirer un avantage indu de son cocontractant. Cette théorie s'applique généralement dans le cadre d'un contrat de consommation ou d'adhésion.

Under the doctrine of fundamental breach, parties with equal bargaining power can, in certain cases, apply to have an unreasonable clause declared unenforceable on the basis that it does not reflect the intent of the parties. For this purpose, the breaching party's failure to perform its obligations under the contract must be such that it "deprives the non-breaching party of substantially the whole benefit of the agreement": *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 83

Quant à la théorie de l'inexécution fondamentale, elle permet dans certains cas à des parties bénéficiant d'un pouvoir égal de négociation de demander l'inapplicabilité d'une clause déraisonnable qui ne reflète pas l'intention des parties. Pour ce faire, l'inexécution contractuelle de la partie débitrice doit avoir « pour effet de priver l'autre partie de la quasi-totalité du bénéfice du contrat » : *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, par. 50. Ainsi, la présence

3 S.C.R. 423, at para. 50. Thus, the existence of a latent defect does not automatically amount to a fundamental breach of contract: G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (5th ed. 2006), at p. 592; the latent defect must be "irreparable", or the good must be unusable: *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, at pp. 501-2; *Guarantee Co. of North America*; *R. G. McLean Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*, [1970] 1 O.R. 207 (C.A.), at pp. 211-12.

84 Once the existence of a fundamental breach has been established, the court must still analyse the limitation of liability clause in light of the general rules of contract interpretation. If the words can reasonably be interpreted in only one way, it will not be open to the court, even on grounds of equity or reasonableness, to declare the clause to be unenforceable since this would amount to rewriting the contract negotiated by the parties.

3.6.3.3 *Conclusion on Comparative Law*

85 In short, owing to certain of its characteristics, the common law, to an even greater extent than French law, cannot easily be grafted on to Quebec civil law. Nor, despite the connections between Quebec civil law and French law, does it appear any more desirable to import the rules of the French system into Quebec law. What now remains to be considered is how to apply the Quebec rules to the facts of the instant case.

3.7 *Analysis of C.E.'s Liability*

86 The trial judge made findings of fact. The Court of Appeal saw no palpable errors in them, and the parties have not asked us to review them. Only the conclusions of law drawn from those facts are in issue. As mentioned above, the trial judge concluded that the cracking of the tubes was a design feature rather than a design defect. Domtar contests this conclusion and argues that the cracking constitutes a latent defect. It must therefore be determined whether there was in fact a latent defect in C.E.'s recovery boiler and, if so, whether C.E. knew or is presumed to have known that there was such a defect.

d'un vice caché n'équivaut pas automatiquement à une inexécution fondamentale du contrat : G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (5e éd. 2006), p. 592; il faut que le vice caché soit « irréparable » ou que le bien s'avère inutilisable : *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, p. 501-502; *Guarantee Co. of North America*; *R. G. McLean Ltd. c. Canadian Vickers Ltd.*, [1971] 1 O.R. 207 (C.A.), p. 211-212.

Une fois l'inexécution fondamentale constatée, le tribunal doit encore analyser la clause limitative selon les règles générales d'interprétation des contrats. Dans la mesure où les termes sont raisonnablement susceptibles d'une seule interprétation, le tribunal ne pourra déclarer la clause limitative de responsabilité inapplicable, même pour des motifs d'équité ou de raisonnabilité, puisque cela reviendrait à réécrire le contrat négocié entre les parties.

3.6.3.3 *Conclusion sur le droit comparé*

Bref, encore plus que le droit français, la common law présente des caractéristiques qui font qu'elle est difficilement transposable en droit civil québécois. Par ailleurs, en dépit des liens du droit civil québécois avec le droit français, il n'apparaît pas non plus souhaitable de transposer dans le droit du Québec les règles de ce système de droit. Il reste donc maintenant à analyser comment les règles québécoises doivent être appliquées aux faits de l'espèce.

3.7 *Analyse de la responsabilité de C.E.*

Les faits ont été déterminés par le juge de première instance. La Cour d'appel n'y a vu aucune erreur manifeste et les parties ne nous invitent pas à les revoir. Seules les conclusions de droit tirées de ces faits sont contestées. Rappelons que le juge de première instance a conclu que la fissuration des tubes constituait une particularité technique plutôt qu'un vice de conception. Domtar conteste cette conclusion et plaide qu'il s'agit d'un vice caché. Il s'agit donc de déterminer si la chaudière de récupération de C.E. était effectivement affectée d'un vice caché et, le cas échéant, si cette dernière connaissait ou était présumée connaître l'existence d'un tel vice.

3.7.1 Existence of a Latent Defect

3.7.1.1 *Seriousness of the Loss of Use*

In the case at bar, the trial judge's conclusion that the superheater did not have a latent defect was based on two errors he made in interpreting this first criterion. The first was to limit the definition of a defect to a problem preventing the good from being used at all, while the second was to confuse the sale of a lower-performance version of a good with the sale of a defective one.

A defect will be considered to be serious if it renders the good unfit for its intended use or so diminishes its usefulness that the buyer would not have bought it at the price paid (arts. 1522 C.C.L.C. and 1726 C.C.Q.). An example frequently cited by the authors is where a house is at risk of water damage owing to a crack in its foundation. The crack does not actually have to cause such damage for a latent defect to exist; it is enough that the crack exists and that it is likely to lead to serious damage.

C.E. considers only the first aspect of the seriousness of the defect. According to its interpretation, the boiler could not be considered to be defective unless there were absolutely no possibility of it working. The trial judge, too, failed to ask whether the usefulness of the good had been diminished, as he stressed that the recovery boiler could continue to operate despite the cracks.

In the instant case, the superheater was a new product at the time of delivery. After 18 months of use, 6 leaks had to be repaired, 789 H-style tie welds had to be replaced, and 764 cracks were detected in the superheater's various compartments. The cost of these repairs reached $445,483.57, and the boiler was out of service for 13 days. Six months later, a full inspection revealed 3 new leaks and 859 new cracks, including some that C.E.'s expert described as being severe and likely to cause new leaks. Domtar replaced the superheater two years after it was put into service. However, the trial judge himself stated that this type of machine is designed for

3.7.1 L'existence d'un vice caché

3.7.1.1 *La gravité du déficit d'usage*

87 En l'espèce, la conclusion du juge de première instance que le surchauffeur n'était pas atteint d'un vice caché repose sur deux erreurs relatives à l'interprétation de ce premier critère. D'abord, il définit le vice uniquement comme un problème qui empêche toute utilisation du bien, puis il confond la mise en marché d'une version moins performante d'un bien avec celle d'un bien déficient.

88 Un vice sera considéré grave s'il rend le bien impropre à l'usage auquel on le destine, ou en diminue tellement l'utilité que l'acheteur ne l'aurait pas acheté à ce prix (art. 1522 C.c.B.C. et 1726 C.c.Q.). Un exemple souvent repris par la doctrine est celui des fondations fissurées d'une maison, exposant l'immeuble à un risque d'inondation. Or, il n'est pas nécessaire que la maison soit inondée en raison de la fissure pour qu'il y ait vice caché; il suffit que la fissure soit présente et qu'il soit probable qu'elle entraîne des dommages importants.

89 C.E. ne s'attarde qu'au premier aspect de la gravité du vice. Si l'on se fie à son interprétation, il faudrait que la chaudière ait été dans l'impossibilité totale de fonctionner pour qu'on puisse la considérer comme atteinte d'un vice. Le juge de première instance omet lui aussi de considérer la diminution d'usage du bien, insistant sur le fait que la chaudière de récupération pouvait continuer de fonctionner, malgré la présence de fissures.

90 En l'espèce, le surchauffeur était un produit neuf au moment de la livraison. Après 18 mois d'utilisation, 6 fuites ont dû être réparées, 789 attaches de type « H » remplacées et 764 fissures ont été observées dans les différents compartiments du surchauffeur. Le coût de ces réparations atteignait 445 483,57 $ et le fonctionnement de la chaudière a été interrompu durant une période de 13 jours. Six mois plus tard, une inspection complète fait état de l'apparition de 3 nouvelles fuites et de 859 nouvelles fissures, dont certaines sont qualifiées de sévères par l'expert de C.E. et de susceptibles de se transformer en nouvelles fuites. Domtar

continuous use, apart from scheduled shutdowns, and generally has a lifespan, free of major problems, of at least 15 years. The fact that Domtar noticed leaks by chance does not make the defect less serious, especially since so little time had elapsed since the equipment was put into service. This clearly suggests abnormal wear and tear of the machine. Furthermore, an engineer who testified for C.E. acknowledged that it should normally take 15 to 20 years for cracks to occur in the superheater tubes.

a remplacé le surchauffeur deux ans après sa mise en service. Or, le juge de première instance indique lui-même que ce type d'appareil est conçu pour un usage continu, sauf pour les interruptions planifiées, et a généralement une durée de vie d'au moins une quinzaine d'années sans que des problèmes majeurs ne surviennent. Le fait que Domtar ait constaté des fuites par hasard n'atténue pas l'importance du vice, particulièrement lorsqu'un court laps de temps s'est écoulé depuis la mise en service de l'équipement. Cette situation suggère clairement une usure anormale de l'appareil en question. De plus, une ingénieure, témoignant pour C.E., reconnaît qu'il ne devrait normalement pas survenir de fissures dans les tubes du surchauffeur avant une période de 15 à 20 ans.

91 For the defect to be considered serious, it was enough for there to be a problem with the boiler so serious that the buyer would not have purchased the boiler had it known about the problem. The trial judge himself concluded that Domtar would undoubtedly have elected to use hinge-pin attachments, just as any other paper manufacturer provided with the relevant information about the two types of attachments would have done. He added that if Domtar had elected to use hinge-pin attachments, it is probable that no leaks would have been discovered in the ITSH and that fewer cracks would have been found in the ITSH and HTSH. In our opinion, these findings of fact support the Court of Appeal's conclusion that Domtar would not have bought a boiler with H-style tie welds if it had been informed of the risks associated with this type of attachment.

Pour qualifier le vice de grave, il suffisait que la chaudière soit atteinte d'un problème si important que l'acheteur ne l'aurait pas achetée s'il avait connu ce problème. Or, le juge de première instance a lui-même conclu que Domtar aurait certainement choisi d'utiliser des attaches souples, tout comme n'importe quelle autre papetière à qui les informations appropriées sur les deux types d'attaches auraient été communiquées. Le juge de première instance s'est aussi dit d'avis que, si Domtar avait choisi les attaches souples, il est probable qu'aucune fuite dans le ITSH, ni un nombre aussi élevé de fissures dans les ITSH et HTSH n'auraient été découverts. À notre avis, ces constatations de fait soutiennent la conclusion de la Cour d'appel à l'effet que Domtar n'aurait pas acheté une chaudière conçue avec des attaches de type « H » si on lui avait fait part des risques associés à ce type d'attaches.

92 There is another problem with the trial judge's characterization of the facts: the confusion between performance and defectiveness of a product. In the case at bar, C.E. submitted that the hinge-pin attachments were simply of higher quality than the H-style tie welds. While it is true that a manufacturer may design goods of varying quality, each version of a good must be fit for its intended purpose for as long as a buyer might reasonably be entitled to expect. Yet the technology of hinge-pin attachments existed at the time the boiler was manufactured. What are

Une autre difficulté peut être notée dans la caractérisation des faits du juge de première instance. Il a confondu performance et défectuosité du produit. En l'espèce, C.E. a allégué que les attaches souples étaient simplement de meilleure qualité que celles de type « H ». Certes, un fabricant peut concevoir des biens de qualité différente. Néanmoins, chaque version du bien doit pouvoir être utilisée à la fin à laquelle il est destiné et ce, pour la durée raisonnable à laquelle l'acheteur est en droit de s'attendre. Or, la technologie des

in issue here are not two types of attachments of different quality or different brands, but rather two types of attachments, one of which tends to weaken the tubes, and is as a result likely to cause unscheduled shutdowns of the boiler, even after only a short time in operation.

C.E. knew about the problems associated with the rigidity of both A-style and H-style tie welds. Furthermore, it was the rigidity of H-style tie welds that prompted C.E.'s parent company to decide to offer hinge-pin attachments as the standard in superheater design. Nevertheless, C.E. used A-style and H-style tie welds without having independent analyses conducted to determine whether they could withstand the stress placed on the tubes by the circulation of steam at high temperatures. According to the trial judge, C.E. chose instead to rely on its customers' experience in this respect to assess the real efficacy of its new product. Moreover, it can be seen from a memorandum filed at trial that C.E. had delayed the adoption of hinge-pin attachments in order to maintain its competitive position in the marketplace, and that the decision to adopt them as the standard had been imposed on the manufacturer gradually by market forces:

> . . . it is apparent that it was reluctantly responding to market forces that were to the effect that "the pulp and paper industry no longer considers the use of tie welds to be an acceptable superheater attachment . . . ."

([2003] R.J.Q. 2194, at para. 41)

Where there is a serious problem that affects the use of a good and the manufacturer is aware of the problem, the manufacturer must address the problem to avoid being held liable for it. The manufacturer cannot simply put the product on the market and wait for reactions from users.

This being said, C.E. still uses H-style tie welds in the design of some of its products, sometimes in combination with hinge-pin attachments. The present reasons for judgment should not be understood to

attaches souples existait au moment où la chaudière a été fabriquée. Il n'est pas ici question de deux types d'attaches de qualité ou de marque différentes, mais plutôt de deux types d'attaches dont l'un tend à fragiliser les tubes, ce qui est susceptible d'engendrer des interruptions imprévues du fonctionnement de la chaudière, même après une courte période d'utilisation.

93 C.E. connaissait les problèmes associés à la rigidité des attaches, autant de type « A » que de type « H ». D'ailleurs, c'est en raison de la rigidité des attaches de type « H » que la compagnie-mère de C.E. a décidé d'offrir à titre de standard des attaches souples dans la conception de surchauffeurs. Toutefois, C.E. a utilisé les attaches de types « A » et « H » sans procéder à des analyses de résistance indépendantes pour déterminer si ces types d'attaches pouvaient supporter la contrainte exercée sur les tubes par la circulation de la vapeur à haute température. Le juge de première instance a indiqué que C.E. avait plutôt choisi de s'en remettre à l'expérience de ses clients à cet égard pour évaluer l'efficacité réelle de son nouveau produit. Une note de service déposée au procès établit d'ailleurs que C.E. a retardé l'adoption des attaches souples afin de demeurer compétitive sur le marché et que la décision de les adopter à titre de standard a été graduellement imposée au fabricant par le marché :

> [TRADUCTION] . . . elle répondait apparemment à regret aux forces du marché selon lesquelles « l'industrie des pâtes et papiers ne considère plus acceptable l'utilisation d'attaches rigides pour un surchauffeur . . . »

([2003] R.J.Q. 2194, par. 41)

94 Lorsqu'un problème important affecte l'usage du bien et que le fabricant est au courant du problème, il doit y pourvoir s'il entend éviter d'engager sa responsabilité. Il ne peut se contenter de mettre en marché un produit et d'attendre simplement ensuite la réaction des utilisateurs.

95 Cela dit, C.E. utilise toujours des attaches de type « H » dans la conception de certains de ses produits, parfois en combinaison avec des attaches souples. Les présents motifs ne doivent pas être

imply that H-style tie welds must never be used in the design of superheaters. However, as a boiler manufacturer, C.E. is required to take its customers' needs and objectives into account in designing its boilers. This is the standard that Domtar was entitled to expect C.E. to meet.

3.7.1.2 *Existence of the Defect at the Time of the Sale*

96 In the case at bar, the cracking caused by the use of H-style tie welds was not the result of abnormal use of the recovery boiler, as C.E. originally claimed. Moreover, the trial judge found that the cause of the cracking was related to the rigidity of the attachments used. C.E. decided, with good reason, not to pursue its original argument in this Court. In all probability, the defect existed at the time of the sale.

3.7.1.3 *Domtar Was Unaware of the Defect at the Time of the Sale*

97 This criterion requires the application of a subjective standard. The trial judge found that Domtar did not have actual knowledge of what he described as a design feature. According to the evidence, C.E. did not share the information it possessed on this subject with Domtar.

3.7.1.4 *Latency of the Defect Despite Domtar's Expertise*

98 The latency of a defect is analysed in relation to the buyer's level of expertise. In other words, should Domtar have known it was running a risk of excessive cracking because of the use of H-style tie welds?

99 The trial judge found that Domtar's "principal interlocutor" was aware of the two different opinions on the attachments since he had been a member of the Black Liquor Recovery Boiler Advisory Committee which met to discuss recent cases in which problems with recovery boilers had

interprétés comme signifiant que les attaches de type « H » ne doivent jamais être utilisées dans la conception de surchauffeurs. À titre de fabricant de chaudières, C.E. est cependant tenue de tenir compte des besoins et des objectifs de ses clients dans la conception de ses chaudières. C'est à cette norme que Domtar était en droit de s'attendre.

3.7.1.2 *L'existence du vice au moment de la vente*

En l'espèce, le problème de fissuration engendré par l'utilisation d'attaches de type « H » ne découle pas d'une utilisation anormale de la chaudière de récupération comme l'a d'abord prétendu C.E. Par ailleurs, le juge de première instance conclut que la cause des fissures est liée à la rigidité des attaches utilisées. Avec raison, C.E. a décidé de ne pas reprendre son argument initial devant notre Cour. Le vice existait, selon toute probabilité, au moment de la vente.

3.7.1.3 *Le vice était inconnu de Domtar au moment de la vente*

Ce critère doit être évalué suivant une norme subjective. Le juge de première instance a conclu que Domtar n'avait pas la connaissance effective de ce qu'il a qualifié de particularité technique. Selon la preuve, C.E. n'a pas transmis à Domtar les informations internes qu'elle détenait à cet égard.

3.7.1.4 *La nature occulte du vice malgré l'expertise de Domtar*

La nature occulte du vice s'analyse en fonction du degré d'expertise dont bénéficie l'acheteur. En d'autres termes, Domtar aurait-elle dû découvrir le problème de fissuration excessive auquel elle s'exposait en raison de l'utilisation d'attaches de type « H »?

Le juge de première instance conclut que le principal interlocuteur de Domtar avait connaissance des deux opinions distinctes sur les attaches, puisqu'il avait été membre du Black Liquor Recovery Boiler Advisory Committee, dont l'objet était de discuter de problèmes récents de

led to unscheduled shutdowns. The trial judge also mentioned the expertise of Domtar's engineering department and of Simons-Sandwell as regards the operation of pulp and paper mills. Although Domtar was characterized as a sophisticated operator of the equipment used in operating a pulp and paper mill, the issue here is the design of a custom-made piece of industrial equipment. C.E. is a company that specializes in the design of recovery boilers. According to the trial judge, approximately 50 to 60 percent of C.E.'s revenue came from the design and sale of boilers. The company enjoyed an 80 percent share of the Canadian market for these machines. Expertise in operating such equipment does not automatically entail expertise in the actual design of the product. The manufacturer inevitably has more complete knowledge of the product it has designed since it controls the materials and labour.

In discussing the professional qualifications of Domtar's representatives, the trial judge stated that Simons-Sandwell was knowledgeable to a certain extent about boilers and was aware of, among other things, the existence and potential advantages of hinge-pin attachments. However, neither Simons-Sandwell nor Domtar knew that the tie welds were in all probability *the cause* of the numerous cracks that had appeared.

C.E. submits that the trial judge did not attach sufficient importance to Simons-Sandwell's knowledge. This argument must fail. The defect is not apparent simply because Domtar was assisted by an expert. Since the cause of the excessive cracking was unknown to both Domtar and Simons-Sandwell, the defect in this case was indeed latent.

3.7.2 Applicability of the Limitation of Liability Clause

As mentioned above, the limitation of liability clause may be relied on only if C.E., as a manufacturer, can rebut the presumption of knowledge

chaudières de récupération à l'origine d'interruptions non planifiées. Il a également souligné l'expertise du service d'ingénierie interne de Domtar et de Simons-Sandwell à l'égard de l'exploitation d'usines de pâte et papier. Bien que Domtar ait été qualifiée d'utilisatrice avertie de l'équipement employé dans le cadre des activités d'une usine de pâte et papier, il est ici question de la conception d'un appareil industriel conçu sur mesure. C.E. est une compagnie spécialisée dans la conception de chaudières de récupération. Ainsi, le juge de première instance indique qu'environ 50 p. 100 à 60 p. 100 des revenus de C.E. provenaient de la conception et de la vente de chaudières. Sa part du marché canadien pour ces appareils atteignait alors 80 p. 100. Or, l'expertise dans l'utilisation d'un tel équipement n'emporte pas automatiquement l'expertise dans la conception du produit comme tel. Le fabricant possède nécessairement une connaissance plus approfondie du produit qu'il conçoit, puisqu'il contrôle les matériaux et la main-d'œuvre.

100 Discutant les qualités professionnelles des représentants de Domtar, le juge de première instance a affirmé que Simons-Sandwell possédait une certaine connaissance des chaudières et connaissait notamment l'existence des attaches souples ainsi que leurs avantages potentiels. Toutefois, ni Simons-Sandwell, ni Domtar ne savaient que les attaches rigides étaient vraisemblablement *la cause* de l'apparition de nombreuses fissures.

101 C.E. prétend que le juge de première instance n'a pas attribué suffisamment d'importance à la connaissance de Simons-Sandwell. Cette prétention ne peut être retenue. Le fait que Domtar ait été assistée d'un expert ne fait pas en sorte que le vice soit apparent. La cause de la fissuration excessive restant inconnue à la fois pour Domtar et pour Simons-Sandwell, le vice en l'espèce était véritablement caché.

3.7.2 L'applicabilité de la clause limitative de responsabilité

102 Rappelons que la clause limitative de responsabilité ne peut être invoquée que si C.E., à titre de fabricant, peut réfuter la présomption de

applicable to it. C.E. had to prove that another manufacturer in the same circumstances would not have known of the defect: *Samson & Filion*. Its argument in this Court is based not on fault on the part of Domtar or a third party, or on superior force or development risk, but on its own good faith throughout its business relations with Domtar. Although good faith has not yet been recognized as a means of rebutting the presumption, it will be helpful to review the facts as alleged by C.E. and found by the trial judge.

103 The trial judge reviewed in detail the evolution of the types of attachments used in recovery boilers. In 1977, C.E. had decided to replace A-style tie welds with H-style tie welds because A-style tie welds had been causing serious leakage problems over the previous five years. C.E. decided that H-style tie welds would be preferable, even though they had not been tested.

104 Manufacturers started using hinge-pin attachments in the early 1980s. It can be seen from internal C.E. memoranda that a number of customers in the United States had complained about problems with cracks and leaks linked to tie welds. As a result, C.E.'s parent company adopted hinge-pin attachments as its standard in the United States in 1984. But a similar problem was occurring in Canada: C.E. had received complaints about A-style tie welds from Canadian customers in January 1983, May 1983 and December 1984. In June 1985, C.E. recommended to one of its customers that it use hinge-pin attachments to avoid cracks and leaks. In 1988, C.E. decided to limit its use of hinge-pin attachments in order to maintain its competitive position in the marketplace:

An internal memorandum insisted on the use of tie welds because of the additional cost to manufacture hinge pins, and that in order to maintain the competitive position of C.E. in the marketplace, hinge pins should only be used when there was a "known failure, deterioration, misalignment, etc. of our present standard tangent tube flex ties," or, "if specifically requested

connaissance qui pèse sur elle. C.E. devait prouver qu'un autre fabricant placé dans les mêmes circonstances n'aurait pas eu connaissance du vice : *Samson & Filion*. Devant notre Cour, C.E. ne plaide ni la faute de Domtar ou d'un tiers, ni la force majeure, ni le risque de développement, mais plutôt sa bonne foi tout au cours de sa relation d'affaires avec Domtar. Bien que la bonne foi n'ait pas, à ce jour, été reconnue comme moyen de repousser la présomption, il convient d'examiner les faits tels qu'ils ont été plaidés par C.E. et constatés par le juge de première instance.

Le juge de première instance a relaté de façon détaillée l'évolution des systèmes d'attaches utilisées dans les chaudières de récupération. En 1977, C.E. avait décidé de remplacer les attaches rigides de type « A » par des attaches rigides de type « H » parce que les attaches de type « A » causaient déjà depuis cinq années des problèmes majeurs de fuites. C.E. a jugé les attaches de type « H » préférables malgré l'absence de travaux de vérification.

Au début des années 80, des fabricants ont commencé à utiliser des attaches souples. Des mémos internes de C.E. démontraient que plusieurs clients américains s'étaient plaints de problèmes de fissures et de fuites reliées aux attaches rigides. En conséquence, la compagnie-mère de C.E. a imposé les attaches souples à titre de standard de l'entreprise en 1984 aux États-Unis. Or, un problème similaire existait au Canada : C.E. avait reçu des plaintes de clients canadiens en date de janvier 1983, mai 1983 et décembre 1984 concernant des attaches de type « A ». En juin 1985, C.E. avait recommandé à l'un de ses clients d'utiliser des attaches souples pour éviter les fissures et fuites. Au cours de l'année 1988, C.E. décide de restreindre son utilisation des attaches souples afin de demeurer compétitive sur le marché :

[TRADUCTION] Une note de service interne insistait sur l'utilisation d'attaches rigides (*tie welds*) en raison du coût additionnel lié à la fabrication d'attaches souples (*hinge pins*) et du fait que, pour maintenir la situation concurrentielle de C.E. sur le marché, les attaches souples ne devaient être utilisées qu'en cas de « déficience, détérioration, mauvais alignement, etc., connu de nos

by the customer or when 'latest state-of-the-art' design is noted."

([2003] R.J.Q. 2194, at para. 39)

C.E. did not finally adopt hinge-pin attachments as its Canadian standard until the following year. However, C.E. had known about the problems associated with tie welds since the early 1980s, that is, before Domtar submitted its purchase order in September 1985.

It can be seen from the evidence that the technical knowledge of the time had led some of C.E.'s competitors, and even its parent company, to change their standards. To successfully rebut the presumption of knowledge, it matters little that C.E. believed in good faith that it had solved the problem. Simply having an honest belief in the adequacy of its product is not enough to relieve a manufacturer of liability. It must be concluded that, since C.E. has failed to raise a valid defence, it has not rebutted the presumption of knowledge applicable to it in accordance with the standard established in *Samson & Filion*.

It is therefore our view that the Court of Appeal correctly found that there was a latent defect in the superheater that C.E. knew or should have known about. Since C.E. has failed to rebut the presumption of knowledge applicable to it, it cannot rely on the limitation of liability clause in its defence.

3.8 *Duty to Inform*

The trial judge found that C.E. had breached its duty to inform, whereas in the Court of Appeal's view, the issue related to the warranty against latent defects. The two concepts overlap, but it is important to distinguish them in order to identify the circumstances in which each rule will be applied.

Whereas the warranty against latent defects is expressly provided for in the C.C.L.C. and the C.C.Q., the duty to inform derives instead from the

attaches standards actuelles (*flex ties*) de tube tangent » ou « si le client l'exige expressément ou lorsqu'il est fait mention de la conception la plus nouvelle "à la fine pointe de la technologie" ».

([2003] R.J.Q. 2194, par. 39)

C.E. n'a finalement adopté les attaches souples à titre de standard canadien que l'année suivante. Pourtant, C.E. connaissait les problèmes associés à l'installation d'attaches rigides depuis le début des années 80, donc avant que le bon de commande de Domtar ne soit émis en septembre 1985.

105 Il ressort de la preuve que les connaissances techniques de l'heure avaient permis à des concurrents, et même à la compagnie-mère de C.E., de modifier leur standard. Or, pour réussir à réfuter la présomption de connaissance, il importe peu que C.E. ait cru de bonne foi avoir réglé le problème. La seule croyance sincère du fabricant quant au caractère adéquat de son produit ne lui permet pas de s'exonérer de sa responsabilité. Force est de constater que C.E., n'ayant pas invoqué de défense valable, n'a pas réussi à réfuter la présomption de connaissance qui pesait contre elle suivant la norme établie dans *Samson & Filion*.

106 Par conséquent, nous sommes d'avis que la Cour d'appel a eu raison de conclure que le surchauffeur était atteint d'un vice caché que C.E. connaissait ou aurait dû connaître. Compte tenu que C.E. n'a pas réussi à réfuter la présomption de connaissance qui pesait contre elle, elle ne peut invoquer en sa faveur la clause limitative de responsabilité.

3.8 *L'obligation de renseignement*

107 Le juge de première instance a conclu à une violation de l'obligation de renseignement alors que, pour la Cour d'appel, il s'agissait de garantie contre les vices cachés. Les deux notions se recoupent, mais il est important de les distinguer afin de préciser dans quelles circonstances chaque règle sera mise en œuvre.

108 Alors que la garantie contre les vices cachés est expressément prévue au C.c.B.C. et au C.c.Q., l'obligation de renseignement découle plutôt du

general principle of good faith (*Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554, at p. 586; arts. 6, 7 and 1375 C.C.Q.) and the principle of free and informed consent. Furthermore, the scope of the general duty to inform is much broader than that of the disclosure of a latent defect. This duty encompasses any information that is of decisive importance for a party to a contract, as Gonthier J. stated in *Bail* (see pp. 586-87). It is therefore easy to imagine a situation in which a seller would be in breach of the duty even though no latent defect exists.

109 Where a seller fails to discharge the duty to disclose a defect, on the other hand, it can probably be said at the same time that he or she has also breached the general duty to inform the buyer of a factor of decisive importance in respect of the good sold, namely the existence of a latent defect. The instant case is one example of this. If a party invokes the seller's warranty against latent defects, the duty to inform is in a sense subsumed in the analysis of the seller's liability for latent defects, and there is no need for the court to conduct a separate analysis on the seller's duty to inform. As a result, our analysis and conclusion regarding C.E.'s liability under the warranty against latent defects are sufficient to dispose of the case before the Court.

110 What now remains is to consider C.E.'s argument concerning the reduction of the quantum awarded to Domtar in light of Domtar's failure to mitigate its damages and of the payment it received from its insurer, Lloyd's, as well as the actions against Chubb, based on the performance bond, and Arkwright, based on the all risk insurance policy.

3.9 *Reduction of the Quantum of the Damages*

111 In this Court, C.E. has submitted two arguments for reducing the quantum of the damages awarded to Domtar by the Court of Appeal. First, C.E. contends that by replacing a superheater that was fully

principe général de bonne foi (*Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, p. 586; art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.) et du principe du consentement libre et éclairé. De plus, l'obligation générale de renseignement a un champ d'application beaucoup plus vaste que la simple dénonciation d'un vice caché. Elle englobe toute information déterminante pour une partie à un contrat, comme l'a souligné le juge Gonthier dans l'arrêt *Bail* (voir p. 586-587). Ainsi, l'on peut aisément concevoir une situation où le vendeur manquerait à son obligation de renseignement sans qu'il soit question de vice caché.

Par ailleurs, dans la mesure où le vendeur manque à son obligation de dénoncer un vice, l'on peut probablement affirmer du même coup qu'il aura aussi violé son obligation générale de renseigner l'acheteur sur un élément déterminant en rapport avec le bien vendu, c'est-à-dire l'existence d'un vice caché. Le présent litige se trouve dans cette dernière situation. Dans la mesure où une partie invoque la garantie du vendeur contre les vices cachés, l'obligation de renseignement se trouve en quelque sorte subsumée dans la grille d'analyse de la responsabilité du vendeur pour vices cachés et le tribunal n'a pas à procéder à une analyse distincte de l'obligation de renseignement du vendeur. C'est pourquoi notre analyse et notre conclusion quant à la responsabilité de C.E. fondée sur la garantie contre les vices cachés suffisent pour statuer sur le présent dossier.

Il reste désormais à examiner le moyen soulevé par C.E. concernant la réduction du montant accordé à Domtar en raison de son omission de réduire ses dommages et de l'indemnité qu'elle a reçue de son assureur Lloyd's, ainsi que les recours contre Chubb, fondé sur le cautionnement d'exécution, et contre Arkwright, sur la base de la police d'assurance tous risques.

3.9 *La réduction des dommages*

Devant notre Cour, C.E. a présenté deux arguments pour réduire le montant des dommages-intérêts accordés à Domtar par la Cour d'appel. D'abord, C.E. prétend que Domtar a omis de réduire

operational, Domtar failed to mitigate its damages and that Domtar is accordingly entitled to be reimbursed only for the repairs effected in the spring of 1989. Second, C.E. submits that the determination *a posteriori* by a court that the damage was not covered by the insurance policy does not alter the compensatory nature of the payment that has already been made. According to C.E., the payment made to Domtar by Lloyd's was intended to settle certain claims, including the one related to the purchase of the boiler from C.E., and once that payment was made, Lloyd's was subrogated to Domtar's rights and Domtar's claim for damages against C.E. had to be reduced accordingly.

ses dommages en remplaçant un surchauffeur qui était pleinement fonctionnel et que, par conséquent, Domtar ne peut obtenir que le remboursement des réparations du printemps 1989. Ensuite, C.E. prétend que la détermination *a posteriori* par un tribunal, selon laquelle le dommage n'est pas couvert par la police d'assurance, n'enlève pas au paiement déjà effectué son caractère indemnitaire. Selon C.E., le paiement de l'assureur Lloyd's à Domtar avait pour objet le règlement de certaines réclamations, dont celle relative à l'achat de la chaudière de C.E. Une fois ce paiement versé, Lloyd's aurait été subrogée dans les droits de Domtar, ce qui aurait dû réduire d'autant les dommages-intérêts réclamés par cette dernière à C.E.

The trial judge rejected C.E.'s suggestion that Domtar could have repaired the superheater instead of replacing it. He noted that Domtar had had to make a decision in light of the available information and that its inability to adequately assess the alternatives was due to C.E.'s breach of the duty to inform. Regarding the subrogation argument, the trial judge agreed with C.E. and held that the damages claimed by Domtar should be reduced by the amount it had received from Lloyd's.

112 Le juge de première instance a rejeté la suggestion de C.E. que Domtar aurait pu procéder à des réparations au lieu de remplacer le surchauffeur. Le juge a souligné que Domtar a dû prendre sa décision en se fondant sur les informations qui étaient disponibles et que c'est à cause du manquement à l'obligation de renseignement de C.E. que Domtar n'a pu convenablement évaluer les autres solutions. Quant à l'argument de la subrogation, le juge de première instance a donné raison à C.E. et décidé que les dommages-intérêts réclamés par Domtar devraient être réduits du montant reçu de Lloyd's.

The Court of Appeal also rejected the repair scenarios proposed by C.E., citing Domtar's need for reliable equipment. However, it reversed the trial judge's holding on the subrogation issue. According to the Court of Appeal, for a payment to result in subrogation of an insurer to the rights of the insured, it must be made to the insured on account of an obligation arising from the insurance contract or by operation of law. In the instant case, because a clause in the insurance contract between Lloyd's and Domtar expressly excluded damage resulting from a breakdown of or defect in the recovery boiler, the payment made by Lloyd's could not have been related to the damages being claimed by Domtar. Lloyd's was not, therefore, subrogated to Domtar's rights. The Court of Appeal's reasons are sound, and there is no need to intervene.

113 La Cour d'appel a aussi rejeté les scénarios de réparation présentés par C.E. au motif que Domtar avait besoin d'un équipement fiable. Cependant, elle a renversé la conclusion du juge de première instance sur la question de la subrogation. Selon la Cour d'appel, pour qu'un paiement subroge l'assureur dans les droits de l'assuré, il faut d'abord que ce paiement soit versé à l'assuré en raison d'une obligation qui découle du contrat d'assurance ou de la loi. En l'espèce, puisqu'une clause du contrat d'assurance entre Lloyd's et Domtar excluait expressément les dommages subis par suite de bris ou de défectuosité de la chaudière de récupération, le paiement versé par Lloyd's ne pouvait viser les dommages réclamés par Domtar. Par conséquent, Lloyd's n'a pas été subrogée dans les droits de Domtar. Les motifs de la Cour d'appel sont bien fondés et il n'y a pas lieu d'intervenir.

3.10 *Chubb's Appeal*

114 This Court granted leave to appeal in this incidental case because its outcome depended directly on the outcome of the main case. In this case, Domtar relies on a contract establishing a performance bond in its favour. Under the contract, Chubb agreed to guarantee the performance of C.E.'s obligations under the contract of sale for the recovery boiler. Since there was a latent defect in the superheater, Chubb is solidarily liable for the amount of its guarantee as surety in favour of Domtar, as the Court of Appeal held.

3.10 *L'appel de Chubb*

Notre Cour a autorisé l'appel de ce dossier accessoire parce que son sort dépendait directement de l'issue du dossier principal. En l'espèce, Domtar invoque un contrat de cautionnement en sa faveur. En vertu de ce contrat, Chubb a accepté de cautionner l'exécution des obligations de C.E. découlant du contrat de vente de la chaudière de récupération. Comme le surchauffeur était affecté d'un vice caché, Chubb est solidairement responsable du montant pour lequel elle s'était engagée à titre de caution envers Domtar, comme l'a décidé la Cour d'appel.

3.11 *Domtar's Appeal Against Arkwright*

115 This incidental case concerns an "all risk" insurance policy issued by Arkwright that covered Domtar's property, including the recovery boiler, at the time of the events in question. Domtar has already been indemnified under this policy for the damage it sustained as a result of the repairs effected in the spring of 1989. However, the policy contained a clause excluding damage resulting from latent defects in the boiler.

116 In its appeal, Domtar seeks to demonstrate that the losses were nonetheless covered by the insurance policy. More specifically, it submits that the lost profits it suffered in the fall of 1989 when C.E.'s superheater was replaced with one from B. & W. resulted from the faulty design of the H-style tie welds. In other words, the latent defect affected not the entire boiler or superheater, but strictly the H-style tie welds, and the damage was accordingly covered by the policy.

117 The trial judge agreed with Arkwright. In his view, replacing the superheater was not the only possible solution for Domtar, since at the time the machine was replaced, it could have continued operating indefinitely. Domtar could not, therefore, rely on its all risk insurance policy to recover

3.11 *L'appel de Domtar contre Arkwright*

Ce dossier accessoire porte sur une police d'assurance de dommages « tous risques » émise par Arkwright, qui protégeait les biens de Domtar au moment des événements, incluant la chaudière de récupération. Cette police d'assurance a déjà permis à Domtar d'être indemnisée pour les dommages subis au moment des réparations du printemps 1989. Cette police contient cependant une clause excluant les dommages pour vices cachés de la chaudière.

Dans son appel, Domtar cherche à démontrer que les pertes étaient tout de même couvertes par la police d'assurance. Plus particulièrement, Domtar prétend que la perte de profits subie lorsque le surchauffeur de C.E. a été remplacé à l'automne 1989 par un surchauffeur de B. & W. résulte de la conception viciée des attaches rigides de type « H ». Autrement dit, le vice caché n'affecterait pas l'ensemble de la chaudière, ni le surchauffeur, mais strictement les attaches de type H. Par conséquent, les dommages subis seraient couverts par la police d'assurance.

En première instance, le juge a donné raison à Arkwright. Selon lui, le remplacement du surchauffeur n'était pas la seule solution possible pour Domtar puisqu'au moment de le remplacer, l'appareil pouvait continuer à fonctionner pour une période indéfinie. Domtar ne pouvait donc

disbursements made to prevent a hypothetical future loss.

Domtar appealed that judgment. The Court of Appeal considered the replacement of the superheater to have been necessary. In its view, however, the tie welds could not be dissociated from the superheater itself and the insurer could rely on the exclusion clause because the design defect affected the entire superheater and not just the tie welds. According to the Court of Appeal, the narrow interpretation Domtar seeks to give the exclusion clause would deprive the clause of any effect, and the loss to which Domtar's claim applied was clearly not covered by the insurance policy with Arkwright.

In the main case, we held that the superheater's design was defective because of the excessive cracking of the tubes caused by the use of H-style tie welds, and that C.E., as the manufacturer, was liable for, *inter alia*, the cost of replacing the superheater. To accept Domtar's contention that the welds can be dissociated from the superheater would render the exclusion clause meaningless, since it would in almost every case be possible to isolate one component as the cause of the defect.

To sum up, Domtar's submissions in this appeal against Arkwright are unfounded in law. For the reasons given by the Court of Appeal, we are therefore of the opinion that the cost of replacing the defective superheater was excluded under the insurance policy.

4. Disposition

For these reasons, we would dismiss the three appeals and affirm the judgments of the Court of Appeal, with costs throughout.

invoquer sa police d'assurance tous risques pour réclamer des déboursés effectués en vue de prévenir une perte éventuelle et hypothétique.

118 Domtar a porté ce jugement en appel. Selon la Cour d'appel, le remplacement du surchauffeur était nécessaire. Elle se dit d'avis qu'il est impossible de dissocier les attaches du surchauffeur même et que l'assureur peut invoquer la clause d'exclusion parce que c'est l'ensemble du surchauffeur qui est atteint du vice de conception, et pas seulement les attaches. Selon la Cour d'appel, l'interprétation restrictive que Domtar cherche à donner à la clause d'exclusion priverait cette dernière de tout effet. La réclamation de Domtar se situait clairement en dehors de la couverture d'assurance prévue dans la police d'Arkwright.

119 Dans le dossier principal, nous avons conclu que la conception du surchauffeur était viciée en raison de la fissuration excessive des tubes engendrée par l'utilisation des attaches de type H et que C.E., à titre de fabricant, était entre autres responsable du coût du remplacement du surchauffeur. Accepter la prétention de Domtar selon laquelle les attaches sont dissociables du surchauffeur viderait la clause d'exclusion de couverture de sa raison d'être, puisqu'il serait presque toujours possible d'isoler une composante à l'origine du vice.

120 En somme, les prétentions de Domtar dans cet appel contre Arkwright sont mal fondées en droit. Pour les motifs exprimés par la Cour d'appel, nous sommes donc d'avis que le coût du remplacement du surchauffeur vicié était exclu de la police d'assurance.

4. Dispositif

121 Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter les trois pourvois et de confirmer les jugements de la Cour d'appel, le tout avec dépens devant toutes les cours.

APPENDIX / ANNEXE

Code civil du Bas Canada

1522. Le vendeur est tenu de garantir l'acheteur à raison des défauts cachés de la chose vendue et de ses accessoires, qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement son utilité que l'acquéreur ne l'aurait pas achetée, ou n'en aurait pas donné si haut prix, s'il les avait connus.

1523. Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu lui-même connaître l'existence.

1524. Le vendeur est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins qu'il n'ait stipulé qu'il ne serait obligé à aucune garantie.

1527. Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix, de tous les dommages-intérêts soufferts par l'acheteur.

Il est tenu de la même manière dans tous les cas où il est légalement présumé connaître les vices de la chose.

1528. Si le vendeur ignorait les vices de la chose ou n'est pas légalement présumé les avoir connus, il n'est tenu envers l'acheteur qu'au remboursement du prix et des frais occasionnés par la vente.

Code civil du Québec

1726. Le vendeur est tenu de garantir à l'acheteur que le bien et ses accessoires sont, lors de la vente, exempts de vices cachés qui le rendent impropre à l'usage auquel on le destine ou qui diminuent tellement son utilité que l'acheteur ne l'aurait pas acheté, ou n'aurait pas donné si haut prix, s'il les avait connus.

Il n'est, cependant, pas tenu de garantir le vice caché connu de l'acheteur ni le vice apparent; est apparent le vice qui peut être constaté par un acheteur prudent et diligent sans avoir besoin de recourir à un expert.

1728. Si le vendeur connaissait le vice caché ou ne pouvait l'ignorer, il est tenu, outre la restitution du prix, de tous les dommages-intérêts soufferts par l'acheteur.

1733. Le vendeur ne peut exclure ni limiter sa responsabilité s'il n'a pas révélé les vices qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer et qui affectent le droit de propriété ou la qualité du bien.

Cette règle reçoit exception lorsque l'acheteur achète à ses risques et périls d'un vendeur non professionnel.

Civil Code of Lower Canada

1522. The seller is obliged by law to warrant the buyer against such latent defects in the thing sold, and its accessories, as render it unfit for the use for which it was intended, or so diminish its usefulness that the buyer would not have bought it, or would not have given so large a price, if he had known them.

1523. The seller is not bound for defects which are apparent and which the buyer might have known of himself.

1524. The seller is bound for latent defects even when they were not known to him, unless it is stipulated that he shall not be obliged to any warranty.

1527. If the seller knew the defect of the thing, he is obliged not only to restore the price of it, but to pay all damages suffered by the buyer.

He is obliged in like manner in all cases in which he is legally presumed to know the defects.

1528. If the seller did not know the defects, or is not legally presumed to have known them, he is obliged only to restore the price and to reimburse to the buyer the expenses caused by the sale.

Civil Code of Québec

1726. The seller is bound to warrant the buyer that the property and its accessories are, at the time of the sale, free of latent defects which render it unfit for the use for which it was intended or which so diminish its usefulness that the buyer would not have bought it or paid so high a price if he had been aware of them.

The seller is not bound, however, to warrant against any latent defect known to the buyer or any apparent defect; an apparent defect is a defect that can be perceived by a prudent and diligent buyer without any need of expert assistance.

1728. If the seller was aware or could not have been unaware of the latent defect, he is bound not only to restore the price, but to pay all damages suffered by the buyer.

1733. A seller may not exclude or limit his liability unless he has disclosed the defects of which he was aware or could not have been unaware and which affect the right of ownership or the quality of the property.

An exception may be made to this rule where a buyer buys property at his own risk from a seller who is not a professional seller.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellants ABB Inc., Alstom Canada Inc. and Chubb Insurance Company of Canada: Stikeman Elliott, Montréal.

Solicitors for the appellant/respondent Domtar Inc.: Ogilvy, Renault, Montréal.

Solicitors for the respondent Arkwright Mutual Insurance Company: Kugler, Kandestin, Montréal.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs des appelantes ABB Inc., Alstom Canada Inc. et Chubb du Canada Compagnie d'Assurance : Stikeman Elliott, Montréal.

Procureurs de l'appelante/intimée Domtar Inc. : Ogilvy, Renault, Montréal.

Procureurs de l'intimée Arkwright Mutual Insurance Company : Kugler, Kandestin, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jagdish Lal Grover *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* GROVER

Neutral citation: 2007 SCC 51.

File No.: 31808.

2007: November 6; 2007: November 22.

Present: Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Accused convicted of attempting to obstruct justice by attempting to alter and falsify testing and maintenance records for smoke alarms following fire — Court of Appeal setting aside conviction on finding that accused's conduct after fire capable of more than one explanation — Not open to Court of Appeal to acquit accused on basis of speculation about possible explanation of his conduct after fire that was contradicted by his own testimony — Accused's conviction restored — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 139(2), 686(1)(a)(i).

The accused was convicted of attempting to obstruct justice on a charge which arose out of a fire in residential premises managed by him. The trial judge rejected the accused's evidence and concluded that the documents relating to smoke detectors were false and were known by the accused to be false. A majority of the Court of Appeal, however, set aside the conviction because in its view the verdict was not one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered. The accused's conduct, it found, was equally consistent with the conclusion that he, perhaps ignorant of the fact that the required inspection had not taken place, simply considered it crucial that the inspection records be in perfect order.

Held: The appeal should be allowed and the conviction should be restored.

Where the accused testified and offered an explanation for his or her actions, which the trial judge rejected,

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jagdish Lal Grover *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* GROVER

Référence neutre : 2007 CSC 51.

N° du greffe : 31808.

2007 : 6 novembre; 2007 : 22 novembre.

Présents : Les juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Accusé déclaré coupable de tentative d'entrave à la justice pour avoir tenté de modifier et de falsifier des documents concernant l'essai et l'entretien des détecteurs de fumée après un incendie — Annulation par la Cour d'appel de la déclaration de culpabilité parce que la conduite de l'accusé après l'incendie pouvait s'expliquer de plus d'une façon — Cour d'appel ne pouvant acquitter l'accusé sur le fondement d'une simple hypothèse, que son témoignage a contredite — Déclaration de culpabilité de l'accusé rétablie — Code ciminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 139(2), 686(1)a)(i).

L'accusé a été déclaré coupable de tentative d'entrave à la justice par suite d'une accusation résultant d'un incendie survenu dans des locaux résidentiels dont il avait la gestion. Le juge du procès a rejeté son témoignage et conclu que les documents concernant les détecteurs de fumée étaient faux et que l'accusé savait qu'ils étaient faux. Toutefois, la Cour d'appel a, à la majorité, annulé la déclaration de culpabilité parce qu'à son avis il ne s'agissait pas d'un verdict qu'un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. La conduite de l'accusé, selon elle, était également compatible avec la conclusion que celui-ci, ne sachant peut-être pas que l'inspection requise n'avait pas eu lieu, a simplement considéré comme crucial d'avoir les documents d'inspection parfaitement en ordre.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Lorsque l'accusé a témoigné et a offert une explication à ses actions, que le juge du procès a rejetée, il

it was not open to the Court of Appeal to acquit on the basis of speculation about a different possible explanation of conduct that was flatly contradicted by the accused's own testimony. [2-3]

Cases Cited

Referred to: *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 139(2), 686(1)(*a*)(i).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Cameron, Jackson and Smith JJ.A.), [2007] 5 W.W.R. 241, 226 C.C.C. (3d) 84, [2006] S.J. No. 802 (QL), 2006 SKCA 146, setting aside the accused's conviction and entering an acquittal. Appeal allowed.

Anthony B. Gerein, for the appellant.

Morris P. Bodnar, Q.C., for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT — At trial, the respondent was convicted of attempting to obstruct justice contrary to s. 139(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The charge arose out of a fire that occurred on March 3, 2005 in residential premises owned by a numbered company, which he managed. The Crown alleged that the respondent attempted to alter and falsify records relating to the testing and maintenance of smoke alarms at the premises. In convicting the respondent, the trial judge held:

These documents were false in representing that the smoke alarms in the house were checked and tested on January 25th, 2005.

From all of the circumstances, I conclude that Mr. Grover knew that they were false.

. . .

. . . As I have said, I do not accept the evidence of Mr. Grover.

. . .

n'était pas loisible à la Cour d'appel d'acquitter en se fondant sur une simple hypothèse, que le témoignage de l'accusé a carrément contredite. [2-3]

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 139(2), 686(1)*a*)(i).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Cameron, Jackson et Smith), [2007] 5 W.W.R. 241, 226 C.C.C. (3d) 84, [2006] S.J. No. 802 (QL), 2006 SKCA 146, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé et prononcé un acquittement. Pourvoi accueilli.

Anthony B. Gerein, pour l'appelante.

Morris P. Bodnar, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Au procès, l'intimé a été déclaré coupable d'avoir, en violation du par. 139(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, tenté d'entraver la justice. L'accusation résultait d'un incendie survenu le 3 mars 2005 dans des locaux résidentiels appartenant à une société à dénomination numérique, dont il avait la gestion. Selon le ministère public, l'intimé a tenté de modifier et de falsifier des documents concernant l'essai et l'entretien des détecteurs de fumée dans les locaux. En le déclarant coupable, le juge du procès a conclu : 1

[TRADUCTION] Ces documents sont faux en ce sens qu'ils indiquent que les détecteurs de fumée dans la maison ont été vérifiés et testés le 25 janvier 2005.

D'après toutes les circonstances, je conclus que M. Grover savait qu'ils étaient faux.

. . .

. . . Comme je l'ai dit, je n'accepte pas le témoignage de M. Grover.

. . .

. . . Being aware of his own history of violations in connection with smoke alarms, being aware of the terrible consequences of this fire, being aware of his interview with fire inspector Farrell and police sergeant Ecklund, Mr. Grover was attempting to direct the focus of the fire investigation away from the smoke alarms in the house, and away from himself. He was attempting to avoid being charged with a violation or an offence, whether by the fire department or by the police service.

2 The respondent's conviction was set aside by the Saskatchewan Court of Appeal pursuant to s. 686(1)(*a*)(i) of the *Criminal Code* because, in the view of the majority, the verdict was not one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered: *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 185. This conclusion was based on the view that the controversial actions of the accused after the fire were capable of more than one explanation. Of particular interest was a visit he had made to the hospital to try to see his tenants who were victims of the fire. The Crown argued that the purpose of the visit was to persuade the tenants to sign an inspection document that the respondent knew to be false. The trial judge accepted the tenant's testimony that the respondent had asked her to sign a document indicating that the smoke alarms had been inspected. However, the majority in the Saskatchewan Court of Appeal said that the respondent's conduct was equally consistent with the conclusion that the respondent, possibly ignorant of the fact that the required inspection had not in fact taken place, simply considered "it crucial that in this case the inspection records be in perfect order" ([2007] 5 W.W.R. 241, 2006 SKCA 146, at para. 14). Jackson J.A., dissenting, was of the view that:

As to whether there could be any other rational explanation for Mr. Grover's actions, it is important to note that Mr. Grover testified. He said that he had attended at the hospital out of compassion for the victims. He did not say he went up to the hospital to have the tenants sign an incomplete form. Where the accused testifies and offers an explanation for his or her actions, which the trial judge then rejects, it is not the task of a court of appeal to come up with another rational explanation. [para. 26]

. . . Conscient du fait que lui-même a manqué à plusieurs reprises à ses obligations pour ce qui est des détecteurs de fumée, conscient des terribles conséquences de cet incendie, conscient de son interrogatoire par l'inspecteur Farrell et le sergent de police Ecklund, M. Grover essayait de diriger ailleurs que sur les détecteurs de fumée dans la maison et sur lui-même l'enquête sur l'incendie. Il essayait d'éviter d'être accusé d'une violation ou d'une infraction, que ce soit par le service d'incendie ou le service de police.

La Cour d'appel de la Saskatchewan a annulé la déclaration de culpabilité de l'intimé en vertu du sous-al. 686(1)*a*)(i) du *Code criminel* parce que, selon les juges majoritaires, il ne s'agissait pas d'un verdict qu'un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre : *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 185. Cette conclusion repose sur la thèse que les actions controversées de l'accusé après l'incendie pouvaient s'expliquer de plus d'une façon. La visite qu'il avait faite à l'hôpital pour essayer de voir ses locataires victimes de l'incendie présente un intérêt particulier. Selon le ministère public, le but de la visite était de persuader les locataires de signer un document d'inspection que l'intimé savait faux. Le juge du procès a accepté le témoignage de la locataire selon laquelle l'intimé lui a demandé de signer un document indiquant que les détecteurs de fumée avaient été inspectés. Toutefois, la Cour d'appel de la Saskatchewan a, à la majorité, déclaré que la conduite de l'intimé était également compatible avec la conclusion que celui-ci, ne sachant peut-être pas que l'inspection requise n'avait en fait pas eu lieu, a simplement considéré comme [TRADUCTION] « crucial dans ce cas d'avoir les documents d'inspection parfaitement en ordre » ([2007] 5 W.W.R. 241, 2006 SKCA 146, par. 14). Le juge Jackson, dissident, était de l'avis suivant :

[TRADUCTION] Pour ce qui est de savoir si les actions de M. Grover pouvaient avoir toute autre explication rationnelle, il importe de noter que M. Grover a témoigné. Il a dit qu'il s'était rendu à l'hôpital par compassion pour les victimes. Il n'a pas dit qu'il était allé à l'hôpital pour demander aux locataires de signer un formulaire incomplet. Lorsque l'accusé témoigne et offre une explication à ses actions, que le juge du procès rejette ensuite, il n'incombe pas à une cour d'appel de donner une autre explication rationnelle. [par. 26]

We agree. It was not open to the Court of Appeal to acquit the respondent on the basis of speculation about a possible explanation of his conduct that was flatly contradicted by his own testimony. Accordingly, the appeal is allowed. The decision of the Saskatchewan Court of Appeal is set aside and the conviction is restored.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the respondent: Bodnar & Campbell, Saskatoon.

Nous sommes d'accord. Il n'était pas loisible à la Cour d'appel d'acquitter l'intimé en se fondant sur une simple hypothèse, que son témoignage a carrément contredite. Par conséquent, le pourvoi est accueilli. La décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan est annulée et la déclaration de culpabilité est rétablie. 3

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intimé : Bodnar & Campbell, Saskatoon.

Miguel Arias Jackson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* JACKSON

Neutral citation: 2007 SCC 52.

File No.: 31847.

2007: October 19; 2007: December 6.

Present: Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Accused convicted of illegal production of marijuana — Whether verdict unreasonable — Whether accused convicted solely because present at scene of crime — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

The accused was arrested with four others on the site of a secluded marijuana plantation in a remote area of the forest and was convicted of illegal production of marijuana. The majority of the Court of Appeal upheld the conviction; the dissenting judge would have substituted an acquittal on the basis that the verdict was unreasonable within the meaning of s. 686(1)(*a*)(i) of the *Criminal Code*.

Held (LeBel and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be dismissed and the accused's conviction affirmed.

Per Bastarache, Binnie, Fish, Abella and Rothstein JJ.: The mere presence of an accused at the scene of a crime does not prove culpable participation in its commission; here, however, the accused's conviction does not rest merely on his presence at the scene. It rests, rather, on the cumulative effect of his apprehension at the scene, the rejection of his explanation for being there, the particular nature of the offence, the context in which it was committed, and other circumstantial evidence of his guilt. In view of the circumstances and facts of this case, it was open to the trial judge to conclude that the accused's presence was consistent only with his culpable involvement in the illegal production of marijuana. [3] [10]

Miguel Arias Jackson *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* JACKSON

Référence neutre : 2007 CSC 52.

N° du greffe : 31847.

2007 : 19 octobre; 2007 : 6 décembre.

Présents : Les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Accusé inculpé de production illégale de marijuana — Le verdict est-il déraisonnable? — L'accusé a-t-il été déclaré coupable uniquement à cause de sa présence sur les lieux du crime? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

L'accusé a été arrêté avec quatre autres individus dans une plantation de marijuana située dans un endroit retiré d'une région éloignée de la forêt et a été déclaré coupable d'avoir produit illégalement de la marijuana. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé sa condamnation; le juge dissident aurait prononcé un acquittement au motif que le verdict était déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)*a*)(i) du *Code criminel*.

Arrêt (les juges LeBel et Deschamps sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté et la déclaration de culpabilité de l'accusé est confirmée.

Les juges Bastarache, Binnie, Fish, Abella et Rothstein : La simple présence d'un accusé sur les lieux du crime ne prouve pas la participation coupable à sa perpétration; en l'espèce, toutefois, la déclaration de culpabilité de l'accusé ne repose pas simplement sur sa présence sur les lieux. Elle repose plutôt sur l'effet cumulatif de plusieurs facteurs : son arrestation sur les lieux, le rejet de son explication quant à sa présence à cet endroit, la nature particulière de l'infraction, le contexte de sa perpétration et d'autres éléments de preuve circonstancielle établissant sa culpabilité. Compte tenu des circonstances et des faits de l'espèce, il était loisible au juge du procès de conclure que la présence de l'accusé ne pouvait s'expliquer que par sa participation coupable à la production illégale de marijuana. [3] [10]

Per LeBel and Deschamps JJ. (dissenting): The accused is charged not with being present at a cannabis production site but, rather, with producing cannabis. Yet it can be seen from the trial judge's reasons that his decision to convict the accused was based solely on the presence of the accused at the scene. No evidence establishing his participation in the alleged crime was adduced. Had the judge analysed the elements of the offence, he would have had to conclude that the unexplained presence of the accused on the plantation was not in itself evidence of his participation in the production of cannabis, and enter an acquittal. [13] [16] [21-22]

Cases Cited

By Fish J.

Referred to: *Dunlop v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881.

By Deschamps J. (dissenting)

R. v. Beaudry, [2007] 1 S.C.R. 190, 2007 SCC 5.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(*a*)(i).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Rochon and Côté JJ.A.), [2007] Q.J. No. 285 (QL), 2007 QCCA 67, affirming the accused's conviction. Appeal dismissed, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.

Clemente Monterosso and *Marie-Hélène Giroux*, for the appellant.

Denis Pilon, for the respondent.

The judgment of Bastarache, Binnie, Fish, Abella and Rothstein JJ. was delivered by

FISH J. —

I

The appellant was convicted at trial for having illegally produced marijuana and his conviction was affirmed by a majority in the Quebec Court of Appeal ([2007] Q.J. No. 285 (QL), 2007 QCCA 67). The dissenting judge would have set aside the appellant's conviction and entered an acquittal on

Les juges LeBel et Deschamps (dissidents) : L'accusé n'est pas inculpé d'avoir été présent sur un lieu de production de cannabis, mais plutôt d'avoir produit du cannabis. Or, les motifs du juge du procès révèlent qu'il a déclaré l'accusé coupable en raison de la simple présence de celui-ci sur les lieux. Aucune preuve établissant sa participation au crime reproché n'a été apportée. Si le juge avait analysé les éléments de l'infraction, il aurait dû conclure que la seule présence inexpliquée de l'accusé sur les lieux de la plantation ne constituait pas une preuve de sa participation à la production de cannabis, et ordonner un acquittement. [13] [16] [21-22]

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêt mentionné : *Dunlop c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

R. c. Beaudry, [2007] 1 R.C.S. 190, 2007 CSC 5.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)*a*)(i).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Rochon et Côté), [2007] J.Q. nº 285 (QL), 2007 QCCA 67, qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté, les juges LeBel et Deschamps sont dissidents.

Clemente Monterosso et *Marie-Hélène Giroux*, pour l'appelant.

Denis Pilon, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Bastarache, Binnie, Fish, Abella et Rothstein rendu par

LE JUGE FISH —

I

L'appelant a été déclaré coupable au procès d'avoir produit illégalement de la marijuana et la Cour d'appel du Québec, à la majorité, a confirmé sa condamnation ([2007] J.Q. nº 285 (QL), 2007 QCCA 67). Le juge dissident aurait annulé sa déclaration de culpabilité et prononcé un acquittement 1

the ground that the verdict at trial was unreasonable.

2 The present appeal to this Court, as of right, is based entirely on the dissent in the Court of Appeal and the only issue, therefore, is whether the appellant's conviction amounts to an unreasonable verdict within the meaning of s. 686(1)(*a*)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. To succeed under that provision, the appellant was bound to persuade us that no properly instructed jury acting judicially could reasonably have found him guilty — as the trial judge did in this case. He has failed to do so, and I would therefore dismiss the appeal.

II

3 The appellant relies for the success of his appeal on the proposition that mere presence at the scene of a crime does not prove culpable participation in its commission. That proposition is entirely sound. As we shall see, however, it is of little assistance to the appellant, whose conviction does not rest on his *mere presence* at the scene of the crime. It rests, rather, on the cumulative effect of his apprehension at the scene, the rejection of his explanation for being there, the particular nature of the offence, the context in which it was committed, and other circumstantial evidence of his guilt. A brief overview of the facts will suffice to explain this conclusion.

4 The appellant and four others were arrested on the site of a secluded marijuana plantation in a remote area of the forest. The entire site was dedicated to the production of marijuana on a commercial scale. It bore no evidence of any legitimate business enterprise, wilderness camping or other recreational activities. As indicated by its dimensions and equipment, this operation engaged more than one participant, or even two.

5 At the time, the appellant had been there for at least two days. Of the four others present, two were

au motif que le verdict rendu au procès est déraisonnable.

Le présent pourvoi formé de plein droit devant la Cour se fonde entièrement sur la dissidence en Cour d'appel. La seule question à trancher est donc celle de savoir si la déclaration de culpabilité de l'appelant constitue un verdict déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)*a*)(i) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Pour avoir gain de cause en vertu de cette disposition, l'appelant devait nous convaincre qu'aucun jury ayant reçu les directives appropriées et agissant de manière judiciaire n'aurait pu le déclarer coupable — comme l'a fait le juge du procès en l'espèce. Il ne nous a pas convaincus; par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II

L'appelant se fonde, pour le succès de son pourvoi, sur la thèse que la simple présence sur les lieux du crime ne prouve pas la participation coupable à sa perpétration. C'est une thèse parfaitement valable. Comme nous le verrons, toutefois, elle n'est guère utile à l'appelant, dont la déclaration de culpabilité ne repose pas sur sa *simple présence* sur les lieux du crime. Elle repose plutôt sur l'effet cumulatif de plusieurs facteurs : son arrestation sur les lieux, le rejet de son explication pour ce qui est de sa présence à cet endroit, la nature particulière de l'infraction, le contexte de sa perpétration et d'autres éléments de preuve circonstancielle établissant sa culpabilité. Un bref rappel des faits suffira pour expliquer cette conclusion.

L'appelant et quatre autres individus ont été arrêtés dans une plantation de marijuana située dans un endroit retiré d'une région éloignée de la forêt. L'endroit au complet était consacré à la production commerciale de marijuana. Rien n'y témoignait de l'existence d'une entreprise commerciale légitime, d'un camping sauvage ou d'autres activités récréatives. Comme l'indiquent la taille de la plantation et ses installations, cette activité occupait plus d'une personne ou même plus de deux personnes.

À l'époque, l'appelant se trouvait là depuis au moins deux jours. Il connaissait auparavant deux

previous acquaintances. At least one is admitted to have been actively engaged in the production of marijuana on that plantation during that time. The equipment found there — [TRANSLATION] "as if by chance", in the trial judge's words — indicated that five persons were involved. As I have mentioned, five persons were in fact present when the police arrived. The appellant was one of the five.

When the police appeared, the appellant was sleeping in a camouflaged tent on the site. The tent contained fertilizer and the trial judge found as a fact that [TRANSLATION] "[t]here . . . was growing equipment in the tent he was staying in and where he was arrested" (emphasis added). The appellant emerged from that tent wearing rubber boots, not the running shoes he claimed to have been wearing on his arrival. The boots, he said, were his size — but belonged to someone else.

The appellant did not contradict any of this evidence in his testimony at trial; nor, in appealing his conviction, did he challenge any findings of fact by the trial judge.

Moreover, the appellant's implausible explanation of his presence on the marijuana plantation was rejected, understandably, by the trial judge. This rejection of his explanation precluded any reasonable inference that the appellant in fact had a "better" — or *exculpatory* — reason for being there.

As the Court made clear in *Dunlop v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881, an accused's mere presence at the scene of a crime in circumstances consistent with innocence will not support a conviction. But that is not our case. Here, the accused's prolonged and unexplained presence on the marijuana plantation was a cornerstone of the Crown's case against him, but not its entire evidentiary edifice.

In the circumstances and on the facts I have outlined, it was open to the trial judge to conclude, as

des quatre autres individus présents. Il est admis qu'au moins l'un d'eux a participé activement à la production de marijuana dans cette plantation au cours de cette période. L'équipement qui s'y trouvait — « comme par hasard », selon les propos du juge du procès — indiquait que cinq personnes étaient impliquées. Comme je l'ai mentionné, cinq individus étaient en fait présents à l'arrivée des policiers. L'appelant était l'un d'eux.

6 Lorsque les policiers sont apparus, l'appelant dormait dans une tente camouflée sur les lieux. La tente abritait de l'engrais, et le juge du procès a constaté qu'« [i]l y avait [. . .] des équipements de culture dans la tente qu'il habitait et où il a été arrêté » (je souligne). L'appelant a surgi de cette tente portant des bottes en caoutchouc, non les espadrilles que, selon ses dires, il portait à son arrivée. Les bottes, dit-il, correspondaient à sa pointure — mais elles appartenaient à quelqu'un d'autre.

7 Au procès, l'appelant n'a contredit aucun de ces éléments de preuve dans son témoignage; lorsqu'il a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, il n'a pas non plus contesté les conclusions de fait du juge du procès.

8 Par ailleurs, le juge du procès a rejeté, comme on pouvait s'y attendre, l'explication invraisemblable de l'appelant quant à sa présence dans la plantation de marijuana. Ce rejet de son explication empêchait toute inférence raisonnable qu'il avait en fait une « meilleure » explication — ou explication *disculpatoire* — de sa présence à cet endroit.

9 Comme la Cour l'a clairement indiqué dans *Dunlop c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881, la simple présence d'un accusé sur les lieux du crime dans des circonstances compatibles avec son innocence ne justifiera pas une déclaration de culpabilité. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Ici, la présence prolongée et inexpliquée de l'accusé dans la plantation de marijuana constitue la pierre angulaire — mais non tout l'édifice — de la preuve du ministère public contre lui.

10 Dans les circonstances et d'après les faits que j'ai exposés, il était loisible au juge du procès de

he did, that the appellant's presence at the scene of the crime was consistent only with his culpable involvement in the production of marijuana with which he was charged.

III

11 For all of these reasons and those given by the majority in the Court of Appeal, I would dismiss the present appeal and affirm the appellant's conviction at trial.

English version of the reasons of LeBel and Deschamps JJ. delivered by

12 DESCHAMPS J. (dissenting) — The state benefits from broad investigative powers. This is necessary for the prevention and suppression of crime. The police investigation is essential to the work of prosecutors, who must prove beyond a reasonable doubt that alleged crimes have been committed. They cannot do so by means of vague allusions or associations; not even the cumulative effect of many such allusions or associations can turn a lack of evidence into evidence that a properly instructed judge, acting judicially, might rely on to convict the appellant. In my opinion, there is a lack of evidence in the case at bar.

13 It is the majority's view that the appellant was convicted on the basis of his presence on the plantation, the rejection of his explanation, the nature of the offence he is charged with, the context, and other circumstantial evidence. With respect, it can be seen from the judge's reasons that his decision to convict the appellant was based solely on the appellant's presence at the scene. No evidence establishing his participation in the alleged crime was adduced. Moreover, the discredit thrown on his testimony does not turn an unexplained presence into a culpable one.

14 The trial was short. Two police officers testified briefly, and a map and 46 photographs were produced. The appellant also testified. The testimony is reproduced in its entirety. The oral judgment is

conclure, comme il l'a fait, que la présence de l'appelant sur les lieux du crime ne pouvait s'expliquer que par sa participation coupable à la production de marijuana dont il était accusé.

III

Pour ces motifs et ceux exposés par la majorité en Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant en première instance.

Les motifs des juges LeBel et Deschamps ont été rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — L'État dispose de larges pouvoirs d'enquête. Ces pouvoirs sont nécessaires pour assurer la prévention des crimes et leur répression. L'enquête policière est l'assise indispensable du travail de la poursuite, qui elle doit prouver hors de tout doute raisonnable la commission des crimes reprochés. Cette preuve ne peut consister en de vagues allusions ou associations; même le cumul de telles allusions ou associations ne saurait transformer une absence de preuve en une preuve sur laquelle un juge agissant judiciairement et bien instruit en droit pourrait conclure à la culpabilité de l'appelant. Il s'agit ici, à mon avis, d'un cas d'absence de preuve.

La majorité estime que la culpabilité de l'appelant repose sur la présence de l'appelant sur les lieux de la plantation, sur le rejet de son explication, sur la nature de l'accusation, sur le contexte et sur les autres éléments de preuve circonstancielle. Avec égards, en l'espèce, les motifs du juge révèlent qu'il a déclaré l'appelant coupable en raison de la simple présence de ce dernier sur les lieux. Aucune preuve établissant sa participation au crime reproché n'a été apportée. Par ailleurs, le discrédit jeté sur son témoignage ne transforme pas une présence inexpliquée en présence coupable.

Le procès fut court. Deux policiers ont témoigné brièvement, et une carte ainsi que 46 photos ont été produites. L'appelant a lui aussi témoigné. La preuve testimoniale est reproduite en entier. Le

brief. It consists primarily of an explanation of the judge's reasons for rejecting the appellant's testimony. The judge does not address the elements of the offence. The most relevant passage of the judgment reads as follows:

[TRANSLATION] From the moment the accused gave testimony that was not credible, it must also be asked whether that testimony raises a doubt. I have already answered this question. However, it must be asked whether, on the basis of the evidence, of all the evidence, that includes his testimony. It must of course be asked whether, on the basis of all the evidence accepted by the Court, whether there is proof beyond a reasonable doubt. I am absolutely convinced that there is such proof, and I am absolutely convinced, beyond a reasonable doubt, of the guilt of the accused and of his culpable presence at the scene.

This conclusion follows a series of comments that show clearly the importance the judge attaches to the appellant's presence on the plantation:

[TRANSLATION] So here, the location must be considered. The location here, it was in the woods, and there was rudimentary equipment, camouflaged, evidently to conceal what was going on at this location. There were five (5) people there and, as if by chance, the equipment was consistent with the presence of five (5) people. It was in the woods, in an out-of-the-way place, where there is no doubt that illegal activities, namely the growing of cannabis, were taking place. It is clear that, given the circumstances, the location of the place, and the activities going on there, it is clear that the accused, who was under no obligation to testify, nevertheless had a certain *de facto* obligation to explain his presence at the scene. Furthermore, there was growing equipment in the tent he was staying in and where he was arrested. He therefore testified in an attempt to explain his presence at the scene. . . .

. . . It was clear that, from that moment, the accused, who says that he did not want to get involved in what was going on at the scene, should have left — that much is sure. He was so certain that he should not get involved in this type of activity that he should have left the scene. He did not do so. . . .

. . . given the place where the events in question took place, given the activities that went on there, and given the presence of equipment in the tent of the accused, the accused had, at a minimum, to raise a reasonable doubt for the Court in his testimony. . . . [Emphasis added.]

jugement oral est bref. Il consiste principalement en une description des raisons pour lesquelles le juge rejette le témoignage de l'appelant. Le juge ne s'interroge pas sur les éléments de l'accusation. Le passage le plus pertinent du jugement se lit ainsi :

À partir du moment où l'accusé a rendu un témoignage non crédible, il faut se demander si par ailleurs ce témoignage soulève un doute. J'ai déjà répondu à cette question. Mais il faut se demander si en vertu de la preuve, de toute la preuve, ça inclut son témoignage. Il faut se demander évidemment si en vertu de toute la preuve acceptée par la Cour, si la preuve est faite hors de tout doute raisonnable. Je suis intimement convaincu que cette preuve a été faite, et je suis intimement convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé et de sa présence coupable sur les lieux.

Cette conclusion suit plusieurs commentaires qui font bien ressortir l'importance qu'attache le juge à la présence de l'appelant sur les lieux de la plantation : 15

Donc, ici, il faut tenir compte de l'endroit. Or, l'endroit ici, on est en forêt, avec des équipements rudimentaires, camouflés, évidemment pour camoufler les événements qui se déroulent à cet endroit. Il y a là cinq (5) personnes. Et comme par hasard, les équipements correspondent à la présence de cinq (5) personnes. On est en forêt, dans un endroit reculé, et où il se passe sans aucun doute des activités illégales, qui sont la culture de cannabis. Il est clair que dans les circonstances, et où l'endroit était situé, et avec les activités qui s'y trouvaient, il est clair que l'accusé, qui n'avait pas l'obligation de témoigner, avait quand même une certaine obligation de fait d'expliquer sa présence sur les lieux. Il y avait d'ailleurs des équipements de culture dans la tente qu'il habitait et où il a été arrêté. Il a donc témoigné pour tenter d'expliquer sa présence sur les lieux. . .

. . . Il était clair que dès lors l'accusé, qui dit ne pas vouloir s'impliquer dans ce qui se passait sur les lieux, aurait dû quitter, c'est sûr et certain. Il est tellement convaincu qu'il ne devait pas s'impliquer dans ce type d'activité, qu'il aurait dû quitter les lieux. Il ne l'a pas fait. . .

. . . compte tenu des lieux où se déroulent les événements de la cause, compte tenu des activités qui s'y déroulent, compte tenu de la présence d'équipement dans la tente de l'accusé, l'accusé devait au moins faire soulever un doute raisonnable à la Cour dans son témoignage. . . [Je souligne.]

16 The problem is that the appellant is charged not with being present at a cannabis production site but, rather, with producing cannabis. As the dissenting judge in the Court of Appeal pointed out, the evidence is quite limited:

> [TRANSLATION] When he was arrested, the appellant was asleep in the tent, in the middle of the plantation. There is no direct evidence establishing that he took part in any way whatsoever in the production of cannabis. There were no visual observations by the police, the appellant's fingerprints were not found on any of the objects used to grow, propagate or harvest the cannabis plants, and neither the accused nor anyone else gave testimony or made statements to the effect that he had taken part. The appellant's testimony, which the judge did not find to be credible, cannot be used to prove, *a contrario*, the acts that the appellant denies having committed; in other words, not believing the appellant's denial that he handled any object whatsoever used to produce cannabis does not justify a conclusion that, contrary to what he says, he did handle the objects in question. The presence of a bag of manure in the tent where the appellant was sleeping and the fact that he slipped on a pair of rubber boots before exiting the tent when he was arrested are not sufficient, in my view, to establish beyond a reasonable doubt that the appellant was producing cannabis or was aiding and abetting, within the meaning of s. 21 *Cr.C.*, any other persons to do so.
>
> ([2007] Q.J. No. 285 (QL), 2007 QCCA 67, at para. 48)

17 These excerpts suffice to demonstrate a lack of evidence of the essential elements of the offence charged against the appellant. It is not open to the Court to reinterpret the evidence. Unfortunately, that is what the majority are doing, and I would accordingly like to stress two points.

18 The majority refer (at para. 5) to the trial judge's comment that, [TRANSLATION] "as if by chance, the equipment [on the plantation] was consistent with the presence of five (5) people". However, this comment is not supported by the evidence. What can be seen from the evidence is that the following items were found there: three tents, an unspecified number of mattresses and sleeping bags, a few pieces of clothing, a flashlight, an air pistol, three pairs of scissors used in the production

Le problème, c'est que l'appelant n'est pas accusé d'avoir été présent sur un lieu de production de cannabis, mais plutôt d'avoir produit du cannabis. Comme le souligne le juge dissident à la Cour d'appel, la preuve se résume à très peu de choses :

> L'appelant a été arrêté alors qu'il dormait sous la tente, en pleine plantation. Il n'y a aucune preuve directe permettant d'établir qu'il a de quelque manière que ce soit participé à la production du cannabis. Pas d'observations visuelles de la part des policiers, pas d'empreintes de l'appelant sur l'un ou l'autre des objets servant à la culture, la multiplication ou la récolte des plants de cannabis, pas de témoignage ou de déclaration de sa part, ou de quiconque, à cet effet. Le témoignage de l'appelant, auquel le juge ne prête pas foi, ne peut pas servir à faire la preuve *a contrario* des gestes que l'appelant nie avoir commis; en d'autres mots, le fait de ne pas croire l'appelant quand il nie avoir manipulé quelque objet que ce soit servant à la production du cannabis ne permet pas de conclure que, contrairement à ce qu'il dit, il a manipulé les objets en question. La présence d'un sac de fumier dans la tente où l'appelant dormait et le fait qu'il ait enfilé une paire de bottes en caoutchouc avant de sortir de la tente, lors de son arrestation, ne suffisent pas, selon moi, pour établir hors de tout doute raisonnable que l'appelant produisait du cannabis ou qu'il aidait et encourageait, au sens de l'article 21 *C.cr.*, d'autres personnes à le faire.
>
> ([2007] J.Q. n° 285 (QL), 2007 QCCA 67, par. 48)

Ces extraits sont suffisants pour démontrer l'absence de preuve des éléments essentiels de l'infraction reprochée. Il n'appartient pas à la Cour de réinterpréter la preuve. Mais c'est malheureusement ce que font les juges de la majorité et je tiens donc à préciser deux points.

Les juges de la majorité signalent (au par. 5) que le juge de première instance a indiqué que, « comme par hasard, les équipements [de la plantation] correspondent à la présence de cinq (5) personnes ». Cette affirmation du juge du procès n'est cependant pas étayée par la preuve. Celle-ci révèle la présence du matériel suivant : trois tentes, un nombre indéterminé de matelas et de sacs de couchage, des vêtements en petite quantité, une lampe de poche, un pistolet à air comprimé, trois ciseaux utilisés dans

of marihuana, bags of fertilizer, some pots, tubs of water, a pumping system, pesticide application equipment, and a dryer. There is no doubt that this is all the equipment needed to grow cannabis, but there is absolutely nothing in the evidence to justify the conclusion that "the equipment was consistent with the presence of five (5) people". In my opinion, this assertion should be disregarded, as should the judge's association of the appellant with [TRANSLATION] "a longtime friend, a fellow countryman, [who] was at the scene, who was unquestionably involved in the business". The fact that the appellant was found in the company of a fellow Dominican who was growing cannabis does not make him a party to the offence. No one, in Canada, is guilty by association.

la production de marijuana, des sacs d'engrais, des pots, des bacs d'eau, un système de pompage, de l'équipement pour épandre des insecticides et un séchoir. Il s'agit sans aucun doute de l'attirail complet requis pour cultiver le cannabis, mais rien, absolument rien dans la preuve ne permet de dire que « les équipements correspondent à la présence de cinq (5) personnes ». À mon avis, cette affirmation doit être écartée tout comme l'association que le juge fait entre l'appelant et « un ami qu'il connaît depuis longtemps, un compatriote, [qui] est sur les lieux, qui lui ne fait aucun doute qu'il est impliqué dans l'affaire ». Que l'appelant se soit trouvé en compagnie d'un compatriote dominicain qui faisait la culture du cannabis ne fait pas du premier une partie à l'infraction. Personne, au Canada, n'est coupable par association.

The majority also appear to attach probative value to the fact that, when the appellant was arrested, he came out of his tent wearing someone else's boots. The appellant commented on the incident of the boots, stating that he had slipped on the boots of his tent-mate, who had rushed out of the tent without putting them on. The trial judge did not say that he considered this incident to be relevant. I have great difficulty inferring anything from the fact that the appellant was not wearing his own shoes, given the commotion described both by the appellant and by the police officer involved in the operation.

19 Les juges de la majorité semblent aussi conférer une valeur probante au fait que, lors de son arrestation, l'appelant soit sorti de sa tente avec des bottes qui n'étaient pas les siennes. L'appelant a commenté l'incident des bottes, disant avoir enfilé celles de son compagnon qui était sorti précipitamment de la tente sans les chausser. Le juge de première instance n'a pas mentionné que cet incident était pertinent. J'ai beaucoup de difficulté à inférer quoi que ce soit du fait que l'appelant n'ait pas porté ses propres chaussures dans le contexte d'agitation qu'ont décrit tant l'appelant que la policière ayant participé à l'opération.

In *R. v. Beaudry*, [2007] 1 S.C.R. 190, 2007 SCC 5, Fish J. distinguished the approach to be taken by an appellate court in respect of a jury's verdict from the one to be taken in respect of reasons given by a judge. It is the judge's reasons that the appellate court must review to determine whether the verdict is unreasonable or is not supported by the evidence. If the facts on which the judge relies are not in the record, the judge's reasons cannot serve as a basis for the verdict.

20 Dans *R. c. Beaudry*, [2007] 1 R.C.S. 190, 2007 CSC 5, le juge Fish distingue l'approche que doit respecter une cour d'appel à l'égard du verdict d'un jury de celle qui doit être adoptée à l'égard des motifs exposés par le juge. Ce sont ces motifs que la cour d'appel doit étudier pour décider si le verdict est déraisonnable ou n'est pas soutenu par la preuve. Si les faits sur lesquels se fonde le juge ne se trouvent pas dans la preuve, les motifs donnés par le juge ne peuvent servir de fondement au verdict.

In the case at bar, the judge focussed on the fact that the appellant was present at the scene. There is no evidence to support his comment on the correlation between the number of people and

21 En l'espèce, le juge s'est attaché à la présence de l'appelant sur les lieux. Son commentaire sur la corrélation entre le nombre de personnes et les équipements ne trouve aucune source dans la preuve. Le

the equipment. He did not analyse the elements of the offence. Had he done so, he would have had to conclude that the appellant's unexplained presence was not evidence of his participation in the alleged crime. Many valid judgments are rendered by trial courts. But when trial courts err, appellate courts have the authority and a duty to intervene.

22 For these reasons, I would allow the appeal. Given the lack of evidence, I would have entered an acquittal.

Appeal dismissed, LEBEL *and* DESCHAMPS JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Monterosso Giroux, Montréal.

Solicitor for the respondent: Criminal and Penal Prosecutions of Quebec, Gatineau.

juge n'a pas analysé les éléments de l'accusation. S'il l'avait fait, il aurait dû conclure que la présence inexpliquée de l'appelant ne constituait pas une preuve de sa participation au crime reproché. Beaucoup de bons jugements sont rendus par les tribunaux de première instance. Mais lorsque ceux-ci errent, les tribunaux d'appel ont alors le pouvoir et le devoir d'intervenir.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel. J'aurais prononcé l'acquittement vu l'absence de preuve.

Pourvoi rejeté, les juges LEBEL *et* DESCHAMPS *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant : Monterosso Giroux, Montréal.

Procureur de l'intimée : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Gatineau.

Wayne Joseph Daley *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* DALEY

Neutral citation: 2007 SCC 53.

File No.: 31616.

2007: May 18; 2007: December 13.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Charge to jury — Defence of intoxication — Accused convicted of second degree murder — Whether trial judge's charge on defence of intoxication adequate — Whether trial judge's one-step charge on actual intent only appropriate — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 229(a)(ii).

Criminal law — Charge to jury — Expert testimony — Accused testifying having no memory of what happened at time of murder due to consumption of alcohol — Expert testifying about effect of alcohol on judgment, evaluation of appropriateness and memory — Whether trial judge should have interpreted expert evidence for jury.

Criminal law — Charge to jury — Credibility — Accused testifying having no memory of what happened at time of murder due to consumption of alcohol — Whether trial judge should have linked requirement for proof beyond a reasonable doubt to issue of accused's credibility in charge to jury.

D and his common law wife M went out socializing and drinking with friends. The group returned to the couple's home early in the morning. After more drinking and socializing, D and a friend rode on motorcycles on search for another party, leaving M in the house, dancing by herself to music which was playing on the computer. D returned around five in the morning. The house was locked and neighbours heard him cursing and

Wayne Joseph Daley *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* DALEY

Référence neutre : 2007 CSC 53.

N° du greffe : 31616.

2007 : 18 mai; 2007 : 13 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Exposé au jury — Défense d'intoxication — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Le juge du procès a-t-il donné des directives adéquates sur la défense d'intoxication? — La directive en un temps ne portant que sur l'intention véritable donnée par le juge du procès était-elle appropriée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 229a)(ii).

Droit criminel — Exposé au jury — Témoignage d'expert — Accusé témoignant n'avoir aucun souvenir de ce qui s'est passé au moment du meurtre en raison de sa consommation d'alcool — Expert témoignant au sujet de l'effet de l'alcool sur le jugement, l'évaluation de l'acceptabilité et la mémoire — Le juge du procès aurait-il dû interpréter le témoignage d'expert à l'intention du jury?

Droit criminel — Exposé au jury — Crédibilité — Accusé témoignant n'avoir aucun souvenir de ce qui s'est passé au moment du meurtre en raison de sa consommation d'alcool — Le juge du procès aurait-il dû faire le lien entre le doute raisonnable et la crédibilité de l'accusé dans son exposé au jury?

D et sa conjointe de fait M sont sortis bavarder et boire avec des amis. Le groupe est revenu à la maison du couple aux petites heures du matin. Après avoir bu et bavardé encore, D et un ami sont partis à motocyclette à la recherche d'une autre fête, laissant M danser seule au son d'une musique qui jouait sur l'ordinateur à la maison. D est revenu vers cinq heures du matin. La maison était fermée à clef et des voisins l'ont entendu

trying to get into the house and his vehicles. Later in the morning, M was found in the kitchen, dead from a stab wound. D was found drunk in a bedroom and arrested for murder. At trial, D testified that, due to his alcohol consumption on that night, he was unable to remember the events that took place after he arrived home. Many witnesses testified about D's state of drunkenness before and after the killing. An expert witness was called by the defence and testified about the effect of alcohol on judgment and brain function. The jury found D guilty of second degree murder and this verdict was upheld by the majority of the Court of Appeal. At issue here are the adequacy of the trial judge's instruction on the defence of intoxication and whether the trial judge had to give a specific instruction on proof beyond reasonable doubt with respect to the credibility of the accused.

Held (Binnie, LeBel, Fish and Charron JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Deschamps, Abella and Rothstein JJ.: When considering the adequacy of a trial judge's charge, the appellate tribunal will consider the charge as a whole and determine the general sense which the words used must have conveyed, in all probability, to the mind of the jury. It is the overall effect of the charge that matters, and not whether a particular formula was recited by the judge. [30-31]

On the current state of the law, for a murder charge, the defence of intoxication will only be available to negate specific intent so as to reduce the charge to manslaughter. There are three legally relevant degrees of intoxication. First, there is mild drunkenness, which induces relaxation of both inhibitions and socially acceptable behaviour. This has never been accepted as a factor in determining whether the accused possessed the requisite *mens rea* and the trial judge is not required to give any instruction on mild intoxication. Second, there is advanced intoxication, i.e. intoxication to the point where the accused lacks the specific intent, to the extent of an impairment of the accused's foresight of the consequences of his or her act sufficient to raise a reasonable doubt about the requisite *mens rea*. A defence based on this level of intoxication applies only to specific intent offences and the extent of intoxication required to advance it successfully may vary, depending on the type of offence involved. Third, there is extreme intoxication akin to automatism, which negates voluntariness and thus is a complete defence to criminal responsibility, but such a defence would be extremely

proférer des jurons et tenter d'entrer dans la maison et dans ses véhicules. Plus tard ce matin-là, on a découvert M dans la cuisine, morte d'un coup de couteau. D, trouvé ivre dans une chambre, a été arrêté pour meurtre. Au procès, D a témoigné et affirmé être incapable de se rappeler les événements survenus après son retour à la maison en raison de l'alcool qu'il avait consommé pendant la nuit. De nombreuses personnes ont témoigné au sujet de l'état d'ivresse de D avant et après le meurtre. Un expert, cité par la défense, a témoigné quant à l'effet de l'alcool sur le jugement et les fonctions cérébrales. Le jury a déclaré D coupable de meurtre au deuxième degré et ce verdict a été confirmé par la Cour d'appel à la majorité. Les questions en litige dans le pourvoi sont celles de savoir si le juge du procès a donné au jury des directives adéquates sur la défense d'intoxication et s'il aurait dû lui donner une directive spécifique sur la notion de preuve hors de tout doute raisonnable relativement à la crédibilité de l'accusé.

Arrêt (les juges Binnie, LeBel, Fish et Charron sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Deschamps, Abella et Rothstein : En déterminant si le juge du procès a donné des directives adéquates au jury, le tribunal d'appel considérera l'exposé dans son ensemble et déterminera quel message général les termes utilisés ont transmis au jury, selon toutes probabilités. C'est l'effet global de l'exposé qui compte, et non de savoir si le juge a employé une formule particulière. [30-31]

Dans l'état actuel du droit, la défense d'intoxication ne peut être invoquée, à l'égard d'une accusation de meurtre, que pour nier l'existence de l'intention spécifique et réduire l'accusation à celle d'homicide involontaire coupable. Trois degrés d'intoxication sont pertinents en droit. Premièrement, l'intoxication légère, qui induit un relâchement des inhibitions et du comportement socialement acceptable, n'a jamais été reconnue comme facteur lorsqu'il s'agit de déterminer si l'accusé avait la *mens rea* requise, et le juge du procès n'a pas à donner de directives au jury à son sujet. Deuxièmement, l'intoxication avancée, c.-à-d. un état d'intoxication tel que l'accusé n'a pas d'intention spécifique, lorsque l'atteinte à sa capacité de prévoir les conséquences de ses actes est suffisante pour susciter un doute raisonnable concernant l'existence de la *mens rea* requise. On ne peut invoquer de défense fondée sur ce degré d'intoxication qu'à l'égard d'infractions d'intention spécifique et le degré d'intoxication nécessaire pour qu'elle soit retenue peut varier suivant l'infraction. Troisièmement, il y a l'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme, qui exclut tout caractère volontaire et qui, de ce

rare and, by operation of s. 33.1 of the *Criminal Code*, limited to non-violent types of offences. [40-44]

The trial judge's instructions on advanced intoxication should cover eight elements: (1) instruction on the relevant legal issues, including the charges faced by the accused; (2) an explanation of the theories of each side; (3) a review of the salient facts which support the theories and case of each side; (4) a review of the evidence relating to the law; (5) a direction informing the jury they are the masters of the facts and it is for them to make the factual determinations; (6) instruction about the burden of proof and presumption of innocence; (7) the possible verdicts open to the jury; and (8) the requirements of unanimity for reaching a verdict. [29]

The trial judge must make it clear to the jury that the issue before them is whether the Crown has satisfied them beyond a reasonable doubt that the accused had the requisite intent. In the case of murder the issue is whether the accused intended to kill or cause bodily harm with the foresight that the likely consequence was death. In this case, the trial judge did present the issue properly, closely following a specimen charge on intoxication which incorporates all the recommendations from this Court's recent cases. After identifying that the main issue in the case was whether D had the intent to kill M, the trial judge explained how this would be proven and proceeded to identify the evidence that would assist the jury in assessing whether D had this intent; he explained the common sense inference that sane and sober persons intend the natural and probable consequences of their actions and linked this to the evidence of intoxication; he identified evidence relevant to the jury's determination of whether to draw the common sense inference and again instructed the jury on the legal conclusions they could reach after assessing the evidence. On a functional review of the charge, the jury properly understood that one of the main questions before them was whether D was so intoxicated that he could not foresee that stabbing M would result in her death. A clear and specific linkage between foreseeability and intoxication was not necessary so long as the charge as a whole conveyed the need to address the effect of drunkenness on foreseeability. [48] [63-68]

fait, constitue un moyen de défense exonérant totalement de toute responsabilité criminelle, mais ce moyen ne peut être invoqué que très rarement et, aux termes de l'art. 33.1 du *Code criminel*, qu'à l'égard d'infractions non violentes. [40-44]

Huit éléments doivent figurer dans l'exposé du juge du procès sur l'intoxication avancée : (1) des directives sur les questions de droit pertinentes, dont les accusations portées contre l'accusé; (2) une explication de la thèse de chaque partie; (3) une récapitulation des faits saillants à l'appui des prétentions et de la thèse de chaque partie; (4) une récapitulation de la preuve rattachée au droit; (5) une directive précisant au jury qu'il est le maître des faits et que c'est lui qui doit statuer sur les faits; (6) des directives au sujet du fardeau de la preuve et de la présomption d'innocence; (7) les verdicts possibles; (8) les exigences relatives à l'unanimité du verdict. [29]

Le juge du procès doit indiquer clairement au jury que la question à trancher est de savoir si le ministère public l'a convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention requise. Dans une affaire de meurtre, il s'agit de savoir si l'accusé avait l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles, en prévoyant que la mort s'ensuivrait probablement. En l'espèce, le juge du procès a présenté la question correctement, suivant de près un exposé type en matière d'intoxication qui intègre toutes les recommandations formulées dans la jurisprudence récente de la Cour. Après avoir indiqué que la principale question était de savoir si D avait l'intention de tuer M, le juge du procès a expliqué comment cela devait être prouvé et mentionné les éléments de preuve qui pourraient aider le jury à déterminer si D avait cette intention; il a expliqué ce qu'est la déduction conforme au bon sens selon laquelle les personnes saines et sobres veulent les conséquences naturelles et probables de leurs actes et a rattaché cette notion à la preuve d'intoxication; il a ensuite relevé les éléments de preuve pertinents pour que le jury détermine s'il convenait d'appliquer la déduction conforme au bon sens et il a de nouveau donné des directives aux jurés sur les conclusions de droit qu'ils pouvaient tirer après avoir évalué la preuve. Selon une analyse fonctionnelle de l'exposé, le jury comprenait bien que l'une des principales questions qu'il devait trancher était celle de savoir si D était intoxiqué au point de ne pouvoir prévoir que les coups de couteau portés à M entraîneraient sa mort. Il n'est pas nécessaire de faire clairement et expressément le lien entre la capacité de prévoir et l'intoxication, dans la mesure où l'exposé dans son ensemble fait bien comprendre la nécessité de prendre en considération l'effet de l'ivresse sur la capacité de prévoir. [48] [63-68]

Brevity in the jury charge is desired. The duty of a trial judge is not to undertake an exhaustive review of the evidence, which may confuse the jury. The extent to which the evidence must be reviewed will depend on each particular case. The test is one of fairness. Here, a concise and fair summary of the evidence, focussing on the evidence central to deciding whether D was so intoxicated that he could not foresee the consequences of his actions, was what was in order. Just as there was evidence supporting that D was very drunk, there was evidence to suggest that he was less drunk than alleged and was capable of acting rationally. Both sides were presented. It is also relevant that the defence did not raise any concerns with the adequacy of the summary of the layman witnesses' evidence after the charge was delivered. In addition, concerns about omissions are tempered by the fact that the trial judge prefaced his summary by telling the jury they were to rely on their own recollections of the evidence in deciding the case and the fact that he repeatedly told them they were to consider the whole of the evidence in deciding whether D possessed the requisite intent. [56-57] [76] [78] [80]

Il est souhaitable que l'exposé au jury soit concis. Le juge du procès n'est pas tenu de procéder à une récapitulation exhaustive de la preuve, qui pourrait embrouiller les jurés. L'étendue de la récapitulation de la preuve variera en fonction des cas, et le critère à appliquer est celui de l'équité. En l'espèce, le juge du procès devait faire un résumé concis et équitable de la preuve, en insistant sur les éléments essentiels permettant de déterminer si D était ivre au point d'être incapable de prévoir les conséquences de ses actes. Tout comme certains éléments de preuve étayaient la thèse selon laquelle D était très ivre, d'autres indiquaient qu'il était moins ivre qu'on le prétendait et qu'il était capable d'agir rationnellement. Les deux côtés de la preuve ont été présentés. Il est aussi pertinent que la défense n'ait soulevé aucun problème concernant la justesse du résumé de la preuve offerte par les témoins profanes après la communication des directives. En outre, les inquiétudes relatives aux omissions sont tempérées par le fait que le juge du procès a commencé son résumé en disant aux jurés qu'ils devaient se fonder sur ce qu'ils avaient retenu de la preuve pour trancher l'affaire et qu'il leur a mentionné à plusieurs reprises qu'ils devaient tenir compte de l'ensemble de la preuve pour déterminer si D avait l'intention requise. [56-57] [76] [78] [80]

The trial judge summarized the expert evidence properly. Trial judges need only summarize and present to the jury what was clearly stated by the expert witness, nothing more. It is dangerous and in most cases inappropriate for trial judges to interpret the evidence of experts for the jury. Here, the expert testified that there was a correlation between alcohol-induced amnesia and a lack of judgment and assessment of appropriateness. For his testimony to be relevant to the central issue, he had to clearly convey that someone in D's state could not foresee the consequences of his actions. As he failed to do so, his testimony was not particularly helpful. The trial judge has the discretion to seek to clarify an expert testimony by posing further questions, but he is under no obligation to do so. It is the role of the parties to lead evidence and not that of the trial judge. Appellate courts should not attempt to fill in the gaps or make inferences that end up changing the evidence that the jury is to consider. [83] [87-89]

Le juge du procès a résumé adéquatement le témoignage d'expert. Le juge du procès doit simplement résumer et présenter au jury ce qui a été dit clairement par le témoin expert, sans plus. Il est hasardeux et, dans la plupart des cas, inapproprié pour le juge du procès d'interpréter le témoignage d'un expert à l'intention des jurés. En l'occurrence, l'expert a expliqué qu'il y avait une corrélation entre, d'une part, l'amnésie induite par l'alcool et, d'autre part, la perte de la capacité de juger et d'évaluer l'acceptabilité de ses actes. Pour que son témoignage soit pertinent quant à la question au cœur du litige, il devait expliquer clairement qu'une personne dans l'état de D ne pouvait prévoir les conséquences de ses actes. Comme il ne l'a pas fait, son témoignage n'était pas vraiment utile. Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de chercher à obtenir des précisions de l'expert en lui posant des questions supplémentaires, mais il n'en a pas l'obligation. La présentation de la preuve relève des parties et non du juge du procès. Une cour d'appel ne doit pas tenter de combler les lacunes de la preuve ou de tirer des inférences qui, en bout de ligne, modifient la preuve soumise au jury. [83] [87-89]

The trial judge did not mislead the jury with respect to the significance of alcoholic amnesia. Not all elements of the theory the defence sought to put forward were established on the evidence. Most importantly, the link between loss of the capacity for judgment and evaluation of appropriateness and loss of the ability

Le juge du procès n'a pas induit le jury en erreur sur la portée de l'amnésie alcoolique. Les éléments de la thèse que la défense cherchait à faire valoir n'ont pas tous été établis en preuve. Principalement, l'expert n'a jamais parlé, dans son témoignage, du lien entre la perte de la capacité de juger et d'évaluer l'acceptabilité de ses

to foresee the consequences of one's action was never clearly addressed in the testimony of the expert. Without this link, it was acceptable for the trial judge to stipulate that amnesia is not a defence. [90-92]

The trial judge did not give to the jury the impression that, if D was capable of voluntary action, his defence of intoxication was no longer relevant. The evidence that detracted or contradicted D's alleged advanced degree of drunkenness was relevant to the issue of whether D was so intoxicated that he could not foresee the likely consequences of his action because it showed that D did these activities with apparent desire to come to a logical end. [93-95]

It is recommended that a one-step charge focusing only on whether the accused possessed actual intent be used in all future charges on intoxication. It is more problematic than beneficial to leave the door open for the possibility of giving a two-step charge to the jurors, first instructing them on capacity to form the requisite intent, and then saying to them that if they find beyond a reasonable doubt that the accused possessed the capacity to form the requisite intent, they must still go on to determine whether the accused possessed the actual intent. No injustice is caused to the accused by only instructing the jury to consider actual intent. [97] [101-102]

The trial judge did sufficient efforts to prevent the jury from readily applying the common sense inference. So long as the members of the jury are instructed that they are not bound to draw the common sense inference, particularly in light of the evidence of intoxication, there is nothing objectionable about instructions on the common sense inference. [103-104]

There was no obligation on the trial judge to give a specific instruction linking the credibility of D with reasonable doubt, since this caution is mandatory only in cases where credibility is a central or significant issue and credibility was not in issue in this case. [106]

Per Binnie, LeBel, Fish and Charron JJ. (dissenting): The law presumes the collective wisdom and intelligence of the jurors but makes no assumption as to their knowledge of the legal principles they are bound to apply. Nor does the law assume that jurors will appreciate on their own the legal significance of the evidence they have heard. That is why appropriate instructions are and must be given by the trial judge. Unfortunately, in this case, the trial judge's charge conveyed to the jury an inadequate and incomplete understanding of the issues it was required to consider in reaching its verdict.

actes et la perte de la capacité de prévoir les conséquences de ses actes. Sans ce lien, il était acceptable pour le juge du procès d'affirmer que l'amnésie ne constitue pas un moyen de défense. [90-92]

Le juge du procès n'a pas donné aux jurés l'impression que la défense d'intoxication n'avait plus aucune pertinence si D était capable d'un acte volontaire. Les éléments de preuve qui discréditaient ou contredisaient la thèse selon laquelle D était dans un état d'intoxication avancé étaient pertinents quant à la question de savoir si D était ivre au point de ne pouvoir prévoir les conséquences probables de ses actes parce qu'ils démontraient que D avait accompli ces actes avec le désir manifeste d'arriver à une fin logique. [93-95]

Il est recommandé que toutes les directives sur l'intoxication soient formulées à l'avenir selon le modèle en un temps qui ne porte que sur l'intention véritable de l'accusé. Le fait de ne pas écarter le recours à un exposé en deux temps — traitant d'abord de la capacité de former l'intention requise, puis expliquant aux jurés que, s'ils concluent hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait la capacité de former l'intention requise, ils doivent déterminer s'il avait véritablement cette intention — engendre plus de problèmes que de bienfaits. L'accusé ne subit aucune injustice si le jury reçoit seulement pour directive d'examiner l'intention véritable. [97] [101-102]

Le juge du procès a pris des précautions suffisantes pour empêcher le jury d'appliquer d'emblée la déduction conforme au bon sens. Dans la mesure où les jurés sont informés qu'ils ne sont pas tenus de faire cette déduction, en particulier compte tenu de la preuve d'intoxication, il n'y a rien de répréhensible dans les directives sur la déduction conforme au bon sens. [103-104]

Le juge du procès n'avait aucune obligation de donner des directives spécifiques établissant un lien entre la crédibilité de D et le doute raisonnable, car cette mise en garde est obligatoire uniquement dans les cas où la question de la crédibilité est fondamentale ou importante. Or la crédibilité n'était pas un enjeu en l'espèce. [106]

Les juges Binnie, LeBel, Fish et Charron (dissidents) : Le droit tient pour acquises la sagesse et l'intelligence collectives des jurés, mais ne présume pas de leur connaissance des principes juridiques qu'ils doivent appliquer. Pas plus qu'il ne tient pour acquis qu'ils peuvent, d'eux-mêmes, apprécier la portée juridique de la preuve qu'ils ont entendue. Voilà pourquoi le juge du procès leur donne des directives appropriées, et est tenu de le faire. Malheureusement, en l'espèce, l'exposé du juge du procès a transmis au jury une perception inexacte et incomplète des questions qu'il devait

Brevity is no virtue where the charge lacks clear direction as to the issues, or fails to relate the issues to the material facts, or neglects to summarize the respective positions of the parties or to draw the jury's attention clearly and fairly to the specific evidence that supports either position. That was the case here. [120] [130] [139]

The decisive question was whether the jury was satisfied beyond a reasonable doubt that D, drunk as he was, either meant to cause M's death or meant to cause her bodily harm that he knew was likely to cause her death and was reckless whether death ensued or not. It was fatal to the trial judge's charge that it included no mention at all of D's position that he lacked the requisite *mens rea* to commit murder because his extreme intoxication rendered him incapable of foreseeing the consequences of his actions. Nowhere did the trial judge draw the jury's attention, however summarily, to the evidence capable of supporting that position. Nowhere in the "decision tree" he remitted to the jury is there any reference at all to D's state of intoxication or its effect on the requirement of foresight that was an essential element of the charge. His references to the evidence were limited to discrediting D's defence. [110] [126] [128]

When intoxication has been put to the jury as a defence to a murder charge under s. 229(*a*)(ii) of the *Criminal Code*, it is insufficient for the jury to be told, in general terms, that alcohol may affect intention. There is no particular phrase that must be used, but a more specific instruction is mandatory to ensure that the jury understands the impact of intoxication on the foresight requirement under this provision. The jurors were never told that extreme intoxication was a defence to the charge of murder if it raised in their minds a reasonable doubt as to whether D appreciated that his assaultive behaviour was likely to cause the death of his partner, and that if D failed to realize that, on account of his extreme intoxication, he necessarily lacked the culpable intent that was an essential element of the murder charge. It was also fatal to the trial judge's charge that it failed to adequately explain the link between an intoxication defence and the common sense inference that if a sane and sober person acts in a way that has predictable consequences that person usually intends, or means to intend, to cause those consequences. [133] [135-137] [140-142]

examiner pour rendre son verdict. La concision n'est pas une vertu lorsque l'exposé ne donne pas de directives claires quant aux questions en litige, n'établit pas de lien entre ces questions et les faits pertinents, ne résume pas les thèses respectives des parties ou n'attire pas, clairement et équitablement, l'attention du jury sur les éléments de preuve précis qui étayent l'une et l'autre de ces thèses. Tel était le cas en l'espèce. [120] [130] [139]

La question fondamentale consistait à déterminer si le jury était convaincu hors de tout doute raisonnable que D, dans l'état d'ivresse où il se trouvait, avait l'intention soit de causer la mort de M, soit de lui infliger des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer sa mort, et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Il était fatal pour l'exposé du juge du procès qu'il ne contienne aucune mention de la thèse de D selon laquelle il n'avait pas la *mens rea* requise pour commettre un meurtre parce que son intoxication extrême le rendait incapable de prévoir les conséquences de ses actes. Nulle part le juge du procès n'a-t-il attiré l'attention du jury, même sommairement, sur la preuve susceptible d'étayer cette thèse. Nulle part dans l'« arbre décisionnel » qu'il a remis au jury n'est-il fait quelque mention que ce soit de l'état d'intoxication de D ou de son incidence sur le critère de la prévision qui constituait un élément essentiel de l'accusation. Il n'a fait allusion à ces éléments de preuve que pour discréditer la défense de D. [110] [126] [128]

Lorsque l'intoxication a été soumise au jury à titre de moyen de défense contre une accusation de meurtre fondée sur le sous-al. 229*a*)(ii) du *Code criminel*, il ne suffit pas de dire au jury, en des termes généraux, que l'alcool peut avoir un effet sur l'intention. Les juges ne sont pas tenus de prononcer une formule consacrée, mais une directive plus précise s'impose pour s'assurer que le jury comprenne l'incidence de l'intoxication sur l'exigence de la prévision posée par cette disposition. Le juge du procès n'a jamais dit aux jurés que l'intoxication extrême constituait un moyen de défense contre une accusation de meurtre si elle soulevait dans leur esprit un doute raisonnable quant à la conscience qu'avait D du fait que son comportement violent allait vraisemblablement causer la mort de sa conjointe, et que si D, en raison de son intoxication extrême, ne s'en est pas rendu compte, il n'avait manifestement pas l'intention coupable qui constitue un élément essentiel de l'accusation de meurtre. Il était aussi fatal pour l'exposé du juge du procès qu'il ait omis d'expliquer adéquatement le lien entre la défense d'intoxication et la déduction conforme au bon sens selon laquelle la personne saine et sobre qui accomplit des actes dont les conséquences sont prévisibles a habituellement l'intention ou la volonté de produire ces conséquences. [133] [135-137] [140-142]

The trial judge's review of the critical evidence as to the degree of D's intoxication was incomplete and unbalanced. He failed to mention significant evidence that was favourable to D, capable of supporting his defence and entirely uncontradicted. Most importantly, he dealt summarily and dismissively with the expert evidence as to the impact of alcoholic consumption on behaviour and he did not relate this evidence at all to the question of whether D had the requisite *mens rea* for murder, more specifically, whether he knew that death was a likely consequence of his actions. Yet, the point of the expert's testimony was precisely to convey his opinion that extremely intoxicated persons cannot judge the consequences of their actions. And if one cannot judge the consequences, one cannot foresee them. There was no need for the trial judge to interpret the expert testimony. He was simply required to draw the jury's attention to it, since it related manifestly to the central issue in the case. Even if the expert testimony was not as clear as it might have been, its interpretation proposed by the defence was plausible at the very least and ought to have been put to the jury because, if accepted by the jury, it was capable of raising a reasonable doubt as to D's foresight of the consequences of his acts. The judge's duty to direct the jury's attention to significant evidence capable of supporting a defence extends to any defence raised by the record, whether advanced by the accused or not. [122] [143-147] [151] [154] [156] [159]

The trial judge's statement that "[a]mnesia, while it may reflect extreme drunkenness, is not a defence" may well have confused the jurors as to the importance they could properly attach to the expert testimony. The expert did not testify about the legal consequences of amnesia, but rather about the relationship between alcohol-induced amnesia and the defence of intoxication advanced by D. At the very least, it was the trial judge's duty to remind the jury of the expert opinion that amnesia reflects a degree of extreme drunkenness that seriously impairs and perhaps destroys one's ability to make appropriate judgments. [161] [163]

Cases Cited

By Bastarache J.

Referred to: *R. v. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306; *R. v. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. v. Bernard*,

La revue qu'a faite le juge du procès des éléments de preuve déterminants quant au degré d'intoxication de D n'était ni complète et ni équilibrée. Il a omis de mentionner des extraits de témoignages importants, favorables à D, susceptibles d'étayer sa défense et nullement contredits. Qui plus est, le juge du procès a traité sommairement et cavalièrement le témoignage de l'expert relatif à l'incidence de la consommation d'alcool sur le comportement et il ne l'a pas rattaché à la question de savoir si D avait la *mens rea* requise pour commettre un meurtre et, plus précisément, de savoir s'il savait que ses actes étaient de nature à entraîner la mort. Or, le témoignage de l'expert visait essentiellement à exprimer son opinion que les personnes en état d'intoxication extrême ne peuvent mesurer les conséquences de leurs actes. Et si une personne ne peut mesurer les conséquences, elle ne peut les prévoir. Le juge du procès n'avait pas à interpréter le témoignage de l'expert. Il devait tout simplement attirer l'attention du jury sur ce témoignage, qui avait manifestement un rapport avec la question fondamentale en l'espèce. Même si le témoignage de l'expert n'était pas aussi clair qu'il aurait pu l'être, l'interprétation qu'en a donnée la défense était pour le moins plausible et aurait dû être soumise à l'appréciation du jury, parce que, si elle avait été retenue par le jury, elle était susceptible de soulever un doute raisonnable quant à la prévision par D des conséquences de ses actes. L'obligation qui incombe au juge d'attirer l'attention du jury sur les éléments de preuve importants susceptibles d'étayer une défense s'applique à tous les moyens de défense qui ressortent du dossier, que l'accusé les ait invoqués ou non. [122] [143-147] [151] [154] [156] [159]

La déclaration du juge du procès selon laquelle « [l]'amnésie, bien qu'elle témoigne d'une ivresse extrême, ne constitue pas un moyen de défense », pourrait bien avoir induit le jury en erreur quant à l'importance qu'il pouvait accorder au témoignage de l'expert, qui n'a pas témoigné au sujet des conséquences juridiques de l'amnésie, mais au sujet du lien entre l'amnésie induite par l'alcool et la défense invoquée par D. Le juge du procès devait à tout le moins rappeler au jury l'opinion de l'expert selon laquelle l'amnésie témoigne d'une ivresse extrême qui amoindrit grandement, et peut même annihiler, la capacité d'une personne d'exercer son jugement de façon judicieuse. [161] [163]

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *R. c. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306; *R. c. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. c.*

[1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Seymour*, [1996] 2 S.C.R. 252; *R. v. Berrigan* (1998), 127 C.C.C. (3d) 120; *R. v. Hannon* (2001), 159 C.C.C. (3d) 86, 2001 BCCA 566; *R. v. Simpson* (1999), 125 B.C.A.C. 44, 1999 BCCA 310; *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495; *R. v. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417, aff'd [1978] 1 S.C.R. 538; *Young v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 39; *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336; *R. v. Girard* (1996), 109 C.C.C. (3d) 545; *R. v. Jack* (1993), 88 Man. R. (2d) 93, aff'd [1994] 2 S.C.R. 310; *R. v. Collins* (1907), 38 N.B.R. 218; *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149; *R. v. Tipewan*, [1998] S.J. No. 681 (QL); *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757; *R. v. Courtereille* (2001), 40 C.R. (5th) 338; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Good* (1998), 102 B.C.A.C. 177.

By Fish J. (dissenting)

Bray v. Ford, [1896] A.C. 44; *Spencer v. Alaska Packers Association* (1904), 35 S.C.R. 362; *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495; *R. v. MacKay*, [2005] 3 S.C.R. 607, 2005 SCC 75; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; *R. v. Clayton-Wright* (1948), 33 Cr. App. R. 22; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *R. v. Seymour*, [1996] 2 S.C.R. 252; *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Berrigan* (1998), 127 C.C.C. (3d) 120; *R. v. Hannon* (2001), 159 C.C.C. (3d) 86, 2001 BCCA 566; *R. v. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(*d*).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 33.1, 229, 691(1)(*a*).

Authors Cited

Canadian Criminal Procedure (Annotations), 1952, ed. by A. E. Popple. Toronto: Carswell, 1953.
Der, Balfour Q. H. *The Jury — A Handbook of Law and Procedure*. Toronto: Butterworths, 1989 (loose-leaf updated September 2006, issue 23).
Ferguson, Gerry A., Michael R. Dambrot, and Elizabeth A. Bennett. *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, 4th ed. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2005 (loose-leaf updated December 2006).
Granger, Christopher. *The Criminal Jury Trial in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

Bernard, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Seymour*, [1996] 2 R.C.S. 252; *R. c. Berrigan* (1998), 127 C.C.C. (3d) 120; *R. c. Hannon* (2001), 159 C.C.C. (3d) 86, 2001 BCCA 566; *R. c. Simpson* (1999), 125 B.C.A.C. 44, 1999 BCCA 310; *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495; *R. c. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417, conf. par [1978] 1 R.C.S. 538; *Young c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 39; *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336; *R. c. Girard*, [1996] R.J.Q. 1585; *R. c. Jack* (1993), 88 Man. R. (2d) 93, conf. par [1994] 2 R.C.S. 310; *R. c. Collins* (1907), 38 N.B.R. 218; *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149; *R. c. Tipewan*, [1998] S.J. nº 681 (QL); *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757; *R. c. Courtereille* (2001), 40 C.R. (5th) 338; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Good* (1998), 102 B.C.A.C. 177.

Citée par le juge Fish (dissenting)

Bray c. Ford, [1896] A.C. 44; *Spencer c. Alaska Packers Association* (1904), 35 R.C.S. 362; *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495; *R. c. MacKay*, [2005] 3 R.C.S. 607, 2005 CSC 75; *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220; *R. c. Clayton-Wright* (1948), 33 Cr. App. R. 22; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609; *R. c. Seymour*, [1996] 2 R.C.S. 252; *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Berrigan* (1998), 127 C.C.C. (3d) 120; *R. c. Hannon* (2001), 159 C.C.C. (3d) 86, 2001 BCCA 566; *R. c. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11*d*).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 33.1, 229, 691(1)*a*).

Doctrine citée

Canadian Criminal Procedure (Annotations), 1952, ed. by A. E. Popple. Toronto : Carswell, 1953.
Der, Balfour Q. H. *The Jury — A Handbook of Law and Procedure*. Toronto : Butterworths, 1989 (loose-leaf updated September 2006, issue 23).
Ferguson, Gerry A., Michael R. Dambrot, and Elizabeth A. Bennett. *CRIMJI : Canadian Criminal Jury Instructions*, 4th ed. Vancouver : Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2005 (loose-leaf updated December 2006).
Granger, Christopher. *The Criminal Jury Trial in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.
Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*. Toronto: Carswell, 2005.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Vancise, Gerwing and Smith JJ.A.) (2006), 285 Sask. R. 225, [2006] 11 W.W.R. 1, 212 C.C.C. (3d) 290, [2006] S.J. No. 529 (QL), 2006 SKCA 91, affirming the accused's conviction. Appeal dismissed, Binnie, LeBel, Fish and Charron JJ. dissenting.

Hersh E. Wolch, Q.C., for the appellant.

Anthony B. Gerein, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

1. Introduction

On the evening of April 23, 2004, Wayne Daley and his common-law wife, Teanda Manchur, went out partying. They had drinks at a friend's house and then they went bowling with their friends. The couple and most of the others then went to a local bar, drank until it closed and finally returned to the couple's home around 4 a.m. After more drinking and socializing in the couple's garage, Mr. Daley and a friend rode off on motorcycles in search of another party. Mr. Daley returned around five in the morning. The house was locked and neighbours heard him cursing and trying to get into the house and his vehicles which were parked around the house. The next morning, Ms. Manchur, was found by her sister-in-law lying in a pool of blood in the kitchen and dining area of the house, dead from a stab wound and naked from the waist down. Mr. Daley was found drunk in a bedroom. He was charged with first degree murder.

Mr. Daley was tried before judge and jury. His trial lasted a total of seven days. At trial, the

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.
Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*. Toronto : Carswell, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Vancise, Gerwing et Smith) (2006), 285 Sask. R. 225, [2006] 11 W.W.R. 1, 212 C.C.C. (3d) 290, [2006] S.J. nº 529 (QL), 2006 SKCA 91, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé. Pourvoi rejeté, les juges Binnie, LeBel, Fish et Charron sont dissidents.

Hersh E. Wolch, c.r., pour l'appelant.

Anthony B. Gerein, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Deschamps, Abella et Rothstein rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

1. Introduction

Dans la soirée du 23 avril 2004, Wayne Daley et sa conjointe de fait, Teanda Manchur, sont sortis faire la fête. Ils ont pris quelques verres chez un ami, puis ils sont allés jouer aux quilles avec leurs amis. Le couple et la plupart des personnes qui les accompagnaient se sont ensuite rendus dans un bar du coin, où ils ont bu jusqu'à la fermeture, et sont finalement retournés chez le couple vers 4 h. Après avoir bu et bavardé encore dans le garage du couple, M. Daley et un ami sont partis à motocyclette à la recherche d'une autre fête. M. Daley est revenu chez lui vers cinq heures du matin. La maison était fermée à clef et des voisins l'ont entendu proférer des jurons et tenter d'entrer dans la maison et dans ses véhicules qui étaient garés autour de la maison. Le lendemain matin, la belle-sœur de M^me^ Manchur l'a découverte gisant dans une mare de sang, dans le coin cuisine et salle à manger de la maison. Elle était morte d'un coup de couteau et nue de la taille aux pieds. M. Daley a été trouvé ivre dans une chambre à coucher. Il a été accusé de meurtre au premier degré.

M. Daley a subi son procès devant juge et jury. L'audience a duré sept jours en tout. Il a alors

appellant claimed that due to his alcohol consumption on the night of April 23 to 24, 2004, he was unable to remember the events that took place after he arrived home at 5 a.m. An expert witness was called by the defence and testified about the effect of alcohol consumption on judgment and brain function. The Crown called 19 witnesses, including the attending emergency and police officials on the scene on the morning of April 24, 2004, forensic experts, and persons who had either been with, seen or heard Mr. Daley on the evening of April 23, 2004, or in the early morning hours of April 24, 2004. After five days of hearing evidence, the jury was instructed by the trial judge on May 9, 2005, and they returned a verdict of guilty of second degree murder on May 10, 2005.

3 Mr. Daley appealed to the Saskatchewan Court of Appeal. He claimed that the trial judge did not adequately instruct the jury on the concept of proof beyond a reasonable doubt, including credibility, on the defence of drunkenness, and on the degree of culpability and possible verdicts, and that he erred in failing to leave with the jury the ability to find that someone other than the appellant had caused the death of the victim. His conviction was upheld by Vancise J.A. (Gerwing J.A. concurring). Smith J.A. dissented. She would have allowed the appeal and ordered a new trial on the ground that the trial judge improperly instructed the jury on the defence of drunkenness.

4 This appeal comes before this Court as of right pursuant to s. 691(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, on the grounds that there was a dissent in the Court of Appeal on a question of law only. A number of deficiencies with the charge on the defence of drunkenness were raised by the dissenting judge. By and large, however, the essence of Smith J.A.'s dissent lies in a disagreement with the majority about the nature and significance of the testimony of the defence expert, Dr. Richardson. This is arguably a disagreement on a question of fact, at worst, or at best, on a question of mixed fact and law. That disagreement led to vastly different

soutenu être incapable de se rappeler les événements survenus après son retour à la maison à 5 h, en raison de l'alcool qu'il avait consommé dans la nuit du 23 au 24 avril 2004. Un expert a témoigné pour la défense au sujet de l'effet de la consommation d'alcool sur le jugement et sur les fonctions cérébrales. Le ministère public a fait entendre 19 témoins, dont l'équipe d'urgence et les policiers qui se sont rendus sur les lieux le matin du 24 avril 2004, des experts en criminalistique et des personnes qui se trouvaient avec M. Daley, ou qui l'ont vu ou entendu au cours de la soirée du 23 ou aux petites heures du matin le 24 avril 2004. Après avoir entendu la preuve pendant cinq jours, le jury a reçu les directives du juge du procès le 9 mai 2005 et a prononcé un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré le 10 mai 2005.

M. Daley a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Saskatchewan. Il a soutenu que le juge du procès n'avait pas donné des directives adéquates au jury sur la notion de preuve hors de tout doute raisonnable, y compris par rapport à la crédibilité, sur la défense d'ivresse et sur le degré de culpabilité et les verdicts possibles, et qu'il avait commis une erreur en ne soumettant pas à l'appréciation du jury la possibilité que quelqu'un d'autre que l'appelant ait causé la mort de la victime. Le juge Vancise (avec l'appui de la juge Gerwing) a confirmé sa déclaration de culpabilité. La juge Smith était dissidente. Elle aurait accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès au motif que le juge du procès a donné des directives inadéquates au jury sur la défense d'ivresse.

Il s'agit d'un pourvoi de plein droit fondé sur une dissidence en Cour d'appel au sujet d'une question de droit seulement en vertu de l'al. 691(1)*a*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. La juge dissidente a soulevé plusieurs irrégularités dans l'exposé sur la défense d'ivresse. Toutefois, dans l'ensemble, la dissidence de la juge Smith tient essentiellement à son désaccord avec la majorité à propos de la nature et de la portée du témoignage de M. Richardson, l'expert cité par la défense. On pourrait soutenir qu'il s'agit, au pire, d'un désaccord sur une question de fait ou, au mieux, d'une question mixte de fait et de droit. Ce désaccord a

conclusions by the majority and dissent as to the proper application of the rules regarding the trial judge's duty to relate the evidence to the law in jury instructions. In my view, the disagreement between the majority and dissent in the Court of Appeal over the nature and significance of the expert evidence was so crucial to Smith J.A.'s dissent that it raises the question as to whether there was in fact a dissent on a question of law. It seems to me that had there been no disagreement on the substance of Dr. Richardson's evidence, no error would have been found against the trial judge in relating the evidence to the law. If there is a question of law in this case, it must be the extent to which the trial judge must review and interpret evidence presented at trial, in particular expert evidence, for the jury. In this respect, I find that Smith J.A. imposed a greater obligation on the trial judge than the law demands, and in fact exceeded the bounds of appellate review by reading into Dr. Richardson's testimony evidence that clearly was not there; this is what led her, erroneously in my view, to find fault with the trial judge's instructions.

conduit à des conclusions très différentes de la part de la majorité et de la juge dissidente quant à l'application correcte de la règle selon laquelle le juge du procès doit rattacher la preuve au droit dans ses directives au jury. À mon avis, la divergence d'opinions à la Cour d'appel sur la nature et la portée du témoignage de l'expert a joué un rôle tellement crucial dans la dissidence de la juge Smith que cela nous porte à nous demander s'il y a effectivement dissidence sur une question de droit. Il me semble que, s'il n'y avait pas eu de désaccord sur la teneur du témoignage de M. Richardson, aucune erreur n'aurait été reprochée au juge quant à la façon dont il a rattaché la preuve au droit. Si l'affaire soulève une question de droit, il doit s'agir de la mesure dans laquelle le juge du procès doit récapituler et interpréter la preuve soumise lors du procès, en particulier la preuve d'expert, à l'intention du jury. À cet égard, j'estime que la juge Smith a imposé une plus grande obligation au juge du procès que la loi ne l'exige et qu'elle a dépassé les limites de l'examen en appel en introduisant dans le témoignage de M. Richardson des éléments qui ne s'y trouvaient manifestement pas. C'est ce qui l'a amenée, à tort selon moi, à conclure que les directives du juge étaient erronées.

2. Facts

On April 23, 2004, the appellant and Teanda Manchur went out for the evening. One of their children was visiting at a nearby lake while the other was spending a night with the appellant's sister. They went to the home of Tyler Sanjenko and his partner Amanda Weger, friends of the appellant, around 9:30 p.m. Present were Amanda's sister, Larry Hubick and his wife Chantel Huel. The group socialized and drank until about 10:15 p.m., when they went bowling. They bowled and drank at the bowling alley until about midnight. Most of the group then went to the Crown and Hand bar in the neighbourhood. They drank until the bar closed at 3:30 a.m. The group then went back to Tyler Sanjenko's home to pick up some alcohol and continued on to the home of the appellant and Teanda Manchur. They arrived prior to 4 a.m. and spent the next while drinking, looking at the appellant's motorcycles in his garage and touring his house.

2. Les faits

Le 23 avril 2004, l'appelant et Teanda Manchur sont sortis pour la soirée. Un de leurs enfants séjournait sur le bord d'un lac avoisinant tandis que l'autre passait la nuit chez la sœur de l'appelant. Vers 21 h 30, ils se sont rendus chez des amis de celui-ci, Tyler Sanjenko et sa compagne, Amanda Weger. La sœur de cette dernière, ainsi que Larry Hubick et sa femme Chantel Huel étaient présents. Ils ont bavardé et bu ensemble jusqu'à environ 22 h 15, heure à laquelle ils sont partis jouer aux quilles. Ils ont joué et bu à la salle de quilles jusqu'à environ minuit. Ensuite, la plupart d'entre eux sont allés non loin de là au bar Crown and Hand et y ont bu jusqu'à la fermeture à 3 h 30. Puis, ils sont passés chercher de l'alcool chez Tyler Sanjenko avant de se rendre chez l'appelant et Teanda Manchur. Ils sont arrivés avant 4 h et ont passé un certain temps à boire, à regarder les motocyclettes de l'appelant dans son garage et à visiter sa maison.

6 At about 4 a.m., Larry Hubick and Chantel Huel left to go to a house party on Winnipeg Street. When they left, Teanda Manchur was in the house dancing by herself to music which was playing on the computer.

7 The appellant and Tyler Sanjenko decided to follow Larry Hubick and his wife on two of the appellant's motorcycles. According to the testimony of Tyler Sanjenko, the appellant seemed to ride fine at first but then began weaving. He was nonetheless able to reach the home of a friend, James Beamish, go inside, have a brief visit and a beer. Mr. Beamish testified to the appellant being "pretty intoxicated". He testified that the appellant had difficulty keeping his balance, stumbled up the stairs and had to hold onto a counter to hold himself up, and had slurred speech. On departing, the appellant put his helmet on backwards and had difficulty putting on his boots. However, upon leaving his friend's house, he was able to back his bike out of the driveway and catch up with Larry Hubick at or near the party location. On the way there, however, the appellant crashed his motorcycle while travelling about five miles an hour and suffered some minor bumps and scrapes; he needed help to pick up his bike. Discovering there was no party, the Hubicks went home and the appellant and Tyler Sanjenko went back to the appellant's house. The appellant dropped his motorcycle again outside his garage.

8 Tyler Sanjenko parked the motorcycles and then discovered the appellant urinating against the neighbour's fence. The appellant appeared to have difficulty getting his pants up afterwards and walked around with them down. Mr. Sanjenko described the appellant as being "pretty out of it" at this point, but the two of them were still able to talk for several minutes about their plans for the next day to attend a car show together. Following this, Tyler Sanjenko left the appellant at the door of his house and went home.

9 After Tyler Sanjenko left, the appellant showed up across the street at the home of his new

Vers 4 h, Larry Hubick et Chantel Huel sont partis fêter rue Winnipeg. Teanda Manchur se trouvait alors dans la maison et dansait seule au son d'une musique qui jouait sur l'ordinateur.

L'appelant et Tyler Sanjenko ont décidé de suivre Larry Hubick et sa femme sur deux des motocyclettes de l'appelant. Selon le témoignage de Tyler Sanjenko, l'appelant semblait d'abord conduire correctement, mais il a ensuite commencé à zigzaguer. Malgré tout, il a réussi à se rendre chez James Beamish, un ami, et à entrer dans la maison le temps de lui faire une courte visite et de boire une bière. M. Beamish a témoigné que l'appelant était [TRADUCTION] « pas mal soûl », qu'il avait du mal à garder l'équilibre, avait trébuché en montant les escaliers, avait dû s'accrocher à un comptoir pour se tenir debout et n'arrivait pas à articuler. Au moment de partir, l'appelant a mis son casque à l'envers et a eu de la difficulté à enfiler ses bottes; il a toutefois réussi à sortir sa motocyclette de l'entrée et à rejoindre Larry Hubick là où devait se tenir la fête, ou tout près. Chemin faisant, l'appelant est toutefois tombé en motocyclette alors qu'il roulait à environ cinq milles à l'heure; il s'en est tiré avec quelques bosses et éraflures mineures. Il a eu besoin d'aide pour relever sa motocyclette. Après avoir constaté qu'il n'y avait pas de fête, les Hubick sont rentrés chez eux tandis que l'appelant est retourné chez lui en compagnie de Tyler Sanjenko. En arrivant, il a laissé tomber à nouveau sa motocyclette, devant le garage.

Après avoir garé les motocyclettes, Tyler Sanjenko a vu l'appelant uriner sur la clôture du voisin. L'appelant aurait eu ensuite de la difficulté à remonter son pantalon et se serait promené le pantalon baissé. Selon la description de M. Sanjenko, l'appelant était [TRADUCTION] « vraiment chaud » à ce moment-là. Malgré tout, les deux hommes ont été capables de parler pendant plusieurs minutes de leur projet de visiter ensemble une exposition d'automobiles le lendemain. Par la suite, Tyler Sanjenko a laissé l'appelant à la porte de la maison et est retourné chez lui.

Après le départ de Tyler Sanjenko, l'appelant s'est présenté chez son nouveau voisin, James Clarke, de

neighbour, James Clarke. Evidently intoxicated and unsteady on his feet, he woke up his neighbour and welcomed him to the neighbourhood. He was obviously drunk and went up and down the stairs a few times repeating the greetings and then stumbled away.

Other neighbours observed the appellant. Mr. Jack Mohr was awakened by the motorcycles returning and after that heard the appellant yell "Let me in, you fuckin' bitch." Mrs. Mohr was awake reading and saw the appellant outside, apparently trying to get into his home, around 5 a.m. She heard him yelling the same phrase about five times. She also observed the appellant unsuccessfully trying to get in each of his four vehicles outside the house. She described the appellant as appearing "really intoxicated" and witnessed him fall once during this time. She then went back to her reading.

The appellant's sister testified that she arrived at the appellant's home around 7:30 or 7:40 on the morning of the 24th of April with the children and discovered Teanda dead in the dining room area. The victim's shirt was pushed up to just below her breasts, she had no clothing on her lower body, her legs were spread and her knees were up. The appellant's sister put a towel over her. She followed a trail of blood leading from where she found the body to the bathroom and found the appellant down the hall in a bedroom smelling of alcohol and unresponsive.

The appellant's sister phoned her father, who arrived shortly thereafter. Her father checked to see if the victim was breathing and concluded she was not. He testified he tried to wake the appellant who reeked of alcohol, but was unable to waken him. He testified that he feared his son was dead. He asked a friend who had come with him to the appellant's house to phone for help.

Paramedics arrived and confirmed the victim was dead. They observed the appellant's father to be walking back and forth through the blood trail. One of the paramedics heard the appellant and his father talking in the bedroom while she and her partner worked on the victim. The other paramedic observed two knives with broken blades in the living room.

l'autre côté de la rue. Manifestement ivre et chancelant, il a réveillé son voisin pour lui souhaiter la bienvenue dans le voisinage. Il était visiblement en état d'ébriété, il a monté et descendu les escaliers à plusieurs reprises en répétant ses salutations, puis il est parti en trébuchant.

10 D'autres voisins ont observé l'appelant. M. Jack Mohr a été réveillé par le bruit des motocyclettes et a ensuite entendu l'appelant crier [TRADUCTION] « Laisse-moi entrer maudite salope. » Vers 5 h, M^me^ Mohr, qui était en train de lire, a vu l'appelant à l'extérieur qui essayait, semble-t-il, de rentrer chez lui. Elle l'a entendu crier la même phrase environ cinq fois. Elle l'a aussi observé qui tentait en vain de monter dans chacun de ses quatre véhicules. Elle a dit qu'il paraissait [TRADUCTION] « vraiment soûl » et l'a vu tomber une fois. Elle est alors retournée à sa lecture.

11 La sœur de l'appelant a déclaré être arrivée chez lui avec les enfants vers 7 h 30 ou 7 h 40 le matin du 24 avril et avoir découvert Teanda sans vie dans la salle à manger. La victime portait un chemisier relevé jusqu'en dessous des seins. Elle était nue de la taille aux pieds, ses jambes étaient écartées et ses genoux étaient remontés. La sœur de l'appelant l'a couverte avec une serviette. Ensuite, elle a suivi des traces de sang qui l'ont conduite jusqu'à la salle de bain; elle a trouvé l'appelant inerte, sentant l'alcool, dans une chambre à coucher au bout du couloir.

12 La sœur de l'appelant a téléphoné à son père, qui est arrivé peu après. Ce dernier a vérifié si la victime respirait et a conclu que non. D'après son témoignage, il a tenté de réveiller l'appelant qui empestait l'alcool, mais n'y est pas arrivé. Craignant que son fils soit mort, il a demandé à un ami qui l'avait accompagné d'appeler de l'aide.

13 Les ambulanciers sont arrivés et ont confirmé le décès de la victime. Ils ont remarqué que le père de l'appelant allait et venait dans les traces de sang. Une ambulancière a entendu l'appelant et son père parler dans la chambre pendant qu'elle et son partenaire s'occupaient de la victime. L'autre ambulancier a remarqué, dans le salon, deux couteaux dont les lames étaient brisées.

14 One of the paramedics, Ms. Ackles, went to check on the appellant. She found him lying on the bed staring at the ceiling while partly covered by a blanket. He appeared nude. She saw blood on him, and on the bedding, and asked if he was hurt. She testified that she believed the appellant said he "was only mentally injured".

15 The police arrived at about 7:50 a.m. Constable Decterow made observations similar to the paramedic regarding the deceased and the blood trail. She saw a broken knife in the living room. She found the appellant intoxicated, but awake, in the back bedroom, staring at the ceiling. After some mumbled conversation during which the appellant identified himself and told her he was not hurt, Constable Decterow arrested him for murder. The appellant made the following statement which was admitted as a voluntary statement at the trial:

> He said, "Teanda and I were fighting but I didn't hurt her." I asked, "Who did?" Mr. Daley said, "Whoever jumped in." He then said, "I'm sorry," and I asked, "What are you sorry about?" Mr. Daley said, "I'll take [the] guilt over it. I'll take the blame." I asked, "Why?" His response was, "Why not?" Mr. Daley then said, "Sorry about that." I asked, "What are you sorry about?" Mr. Daley said, "Well, fuck, fighting with her. It's just beyond bullshit. You get in a fight and it's beyond bullshit. You have kids, you know." I asked, "Were you fighting about the kids?" And he gave no response and at that point that was the end of the exchange. [A.R., at p. 129]

After making this statement, the appellant asked the police several times if his wife was o.k. and if she could bail him out. He was also described as reacting with surprise to later hearing that his wife was dead.

16 An autopsy was performed on Teanda which revealed that she had suffered a two-centimeter-deep stab wound to the back of her leg. There was a corresponding hole in her blood-covered jeans that were found elsewhere in the house. That wound was not fatal. Teanda died from blood lost as a result of a second stab wound located on her right side some 21 centimetres deep between the ninth and

L'ambulancière, M^me^ Ackles, est allée voir si l'appelant allait bien. Elle l'a trouvé étendu sur le lit, caché en partie par une couverture et fixant le plafond. Il semblait nu. Constatant qu'il y avait du sang sur lui et sur la literie, elle lui a demandé s'il était blessé. Elle a affirmé croire l'avoir entendu dire qu'il [TRADUCTION] « souffrait seulement mentalement ».

Les policiers sont arrivés vers 7 h 50. L'agente Decterow a fait des observations semblables à celles du personnel ambulancier en ce qui concerne la victime et les traces de sang. Elle a vu un couteau brisé dans le salon. Elle a trouvé l'appelant ivre, mais éveillé, dans la chambre arrière, les yeux fixés au plafond. Après une brève conversation avec lui au cours de laquelle il lui a marmonné son nom et dit qu'il n'était pas blessé, elle l'a arrêté pour meurtre. L'appelant a fait la déclaration suivante qui a été admise comme déclaration volontaire lors du procès :

> [TRADUCTION] Il a dit : « Teanda et moi, on s'est disputés, mais je ne lui ai pas fait mal. » J'ai demandé : « Qui lui a fait mal? » M. Daley a répondu : « Quelqu'un qui s'en est mêlé. » Il a ensuite ajouté : « Je suis désolé, » et j'ai demandé : « À propos de quoi? » M. Daley a répliqué : « Je vais en assumer la responsabilité. Je vais prendre le blâme. » J'ai demandé : « Pourquoi? » « Pourquoi pas? » a-t-il répondu. Il a ajouté : « Désolé. » Je lui ai demandé « De quoi êtes-vous désolé? » Il a déclaré : « Bien, [juron], de m'être disputé avec elle. C'est vraiment des conneries. On se dispute et c'est des conneries. T'as des enfants, t'sais. » J'ai demandé : « Est-ce que la dispute concernait les enfants? » Il n'a rien rétorqué et c'est à ce moment-là que l'échange a pris fin. [d.a., p. 129]

Après avoir fait cette déclaration, l'appelant a demandé aux policiers à plusieurs reprises si sa femme allait bien et si elle pouvait le faire libérer sous caution. En outre, selon les témoignages, il a paru surpris en apprenant plus tard le décès de sa femme.

Une autopsie pratiquée sur le corps de Teanda a révélé qu'elle avait une plaie d'une profondeur de deux centimètres à l'arrière de la jambe et que cette plaie avait été causée par un coup de couteau. Il y avait un trou correspondant à sa blessure dans son jean couvert de sang trouvé dans une autre pièce de la maison. Cette blessure n'était pas mortelle. Teanda est décédée d'une perte de sang imputable

tenth rib, angling downwards through her lung and liver. Death likely would have come within a half hour although prompt medical attention could have saved her.

à une deuxième blessure, d'une profondeur d'environ 21 centimètres, causée par un coup de couteau qui lui a été asséné de haut en bas, au flanc droit entre la neuvième et la dixième côte, et qui lui a traversé un poumon et le foie. La mort est probablement survenue en moins d'une demi-heure, mais Teanda aurait pu avoir la vie sauve si elle avait reçu promptement des soins médicaux.

The appellant testified and denied any memory of the events after arriving home at around 5 a.m. He essentially confirmed the events of the evening as testified to by others up to the point of arriving at his home for the first time around 4 a.m. After that he testified things became a little bit hazy. He does not remember taking his motorcycle out of the garage but does remember starting it in the alley. He stated he does not remember the ride to his friend James Beamish's residence on the other side of the city except for falling off his motorcycle. The next thing he remembers is going into the police cells. He has no recollection of going home or interacting with his neighbour Mr. Clarke. Mr. Daley claimed he is only an occasional drinker who avoided hard liquor. The estimates of his consumption range from 30 drinks of alcohol (Tyler Sanjenko) to between 36 and 40 (the appellant) to 49 ounces (Larry Hubick) consisting mostly of whiskey. He was given a breathalyzer test at 11:54 a.m. on April 24 and tested 0.10. At 12:13 p.m. he tested 0.09. He does not remember speaking to or giving a statement to the police officer. 17

L'appelant a témoigné et a affirmé ne rien se rappeler de ce qui s'était passé après son arrivée chez lui vers 5 h. Il a essentiellement confirmé ce que d'autres personnes ont raconté des événements survenus dans la soirée, jusqu'au moment où il est retourné chez lui la première fois vers 4 h. Ses souvenirs de ce qu'il a fait ensuite étaient un peu vagues. Il ne se rappelle pas avoir sorti sa motocyclette du garage, mais il se souvient l'avoir démarrée dans l'entrée. Il a déclaré ne pas se souvenir du trajet qui l'a mené jusqu'à la résidence de son ami James Beamish, de l'autre côté de la ville, sauf d'être tombé avec sa motocyclette. Par la suite, son premier souvenir est son arrivée aux cellules du poste de police. Il ne se rappelle absolument pas son retour à la maison ni sa conversation avec son voisin, M. Clarke. M. Daley a prétendu n'être qu'un buveur occasionnel et éviter les boissons fortement alcoolisées. Selon les estimations des témoins, il avait bu 30 consommations (Tyler Sanjenko), entre 36 et 40 onces (l'appelant) et jusqu'à 49 onces (Larry Hubick), principalement du whisky. Les alcootests qu'on lui a fait subir le 24 avril ont révélé une alcoolémie de 0,10 à 11 h 54, puis de 0,09 à 12 h 13. Il ne se souvient pas d'avoir parlé ou d'avoir fait une déclaration aux policiers.

Dr. Richardson, a pharmacologist, testified for the defence as an expert on the effects of beverage alcohol on the human body, brain functioning and behaviour. He testified that some brain cells, such as those responsible for judgment and evaluation of appropriateness, are more sensitive to alcohol than others: 18

M. Richardson, un pharmacologue, a témoigné pour la défense en qualité d'expert concernant les effets des boissons alcoolisées sur le corps humain, sur les fonctions cérébrales et sur le comportement. Il a déclaré que certaines cellules du cerveau, comme celles responsables du jugement et de l'évaluation de l'acceptabilité des comportements, sont plus sensibles à l'alcool que d'autres :

The brain – the brain cells responsible for differing functions in our – in our brains have differing

[TRADUCTION] Le cerveau – les cellules du cerveau responsables de différentes fonctions dans notre – dans

sensitivity to being disrupted by any outside force. The – some cells continue to function at their normal fashion as other cells have been shut down. The – for reasons that neuroscience has not yet discovered, the brain cells in the parts of the brain that are responsible for judgement and the evaluation of appropriateness of behaviours and thoughts are more sensitive to depression by – or disruption by forces such as beverage alcohol or many therapeutic drugs, alterations in a person's amount of water in their body that change the chemical nature or chemical environment of these cells. A variety of factors will alter the functioning of these brain cells involved in judgement and evaluation of appropriateness at – while brain cells involved in other functions continue to function normally. [Emphasis added; A.R., at pp. 419-20.]

notre cerveau ont une sensibilité variable aux perturbations causées par un facteur extérieur. Les – certaines cellules continuent de fonctionner normalement tandis que d'autres sont neutralisées. Les – pour des raisons encore inconnues de la science neurologique, les cellules du cerveau qui se trouvent dans les régions du cerveau responsables du jugement et de l'évaluation de l'acceptabilité des comportements et des pensées sont plus sensibles à la dépression – ou au bouleversement causé par des facteurs tels que les boissons alcoolisées ou de nombreux médicaments et les variations du volume d'eau dans le corps humain qui affectent la nature chimique ou l'environnement chimique de ces cellules. Divers facteurs modifient le fonctionnement des cellules du cerveau qui interviennent dans le jugement et l'évaluation de l'acceptabilité – alors que d'autres cellules du cerveau associées à d'autres fonctions continuent de fonctionner normalement. [Je souligne; d.a., p. 419-420.]

He also testified that one can lose memory and judgment due to high ingestion of alcohol, but still be able to form ideas and carry out complex tasks, describing such a person as being in a state of "alcoholic amnesia":

Il a aussi précisé qu'une personne peut perdre la mémoire et le jugement en ingérant une quantité importante d'alcool, tout en gardant la faculté de formuler des idées et d'accomplir des tâches complexes, ce qu'il a décrit comme un état d'« amnésie alcoolique » :

[TRADUCTION]

A : So as blood alcohol level increases then the disruption of brain function of the cell – activity of the cells increase as increasing amount of blood alcohol levels.

R : Donc, au fur et à mesure que le taux d'alcool dans le sang augmente, la perturbation de la fonction cérébrale de la cellule – de l'activité des cellules augmente quand la quantité d'alcool dans le sang augmente.

Q: In consuming or ingesting alcohol can you reach a point where these cells that are responsible for memory shut down?

Q : En consommant ou en ingérant de l'alcool, est-il possible d'atteindre un point où les cellules responsables de la mémoire sont neutralisées?

A: Yes. The – there is a concentration of beverage alcohol or any other depressant drug that will completely shut down the functioning of all excitable – all cells that – that have the excitable characteristics, that the judgement evaluation cells being more sensitive to being shut down than other cells in the brain. These are the cells that are shut down at a lower blood alcohol concentration than that needed to shut down the functioning of the – the cells responsible for movement.

R : Oui. Le – il y a une concentration de boissons alcoolisées ou de tout autre dépresseur qui interrompra le fonctionnement de toutes les cellules excitables – toutes les cellules qui – qui ont les caractéristiques de l'excitabilité, les cellules responsables du jugement et de l'évaluation étant plus sensibles à cet effet neutralisant que d'autres cellules du cerveau. Il s'agit des cellules qui sont neutralisées par une concentration moindre d'alcool que la concentration nécessaire pour interrompre le fonctionnement des – des cellules responsables du mouvement.

Q: What you're saying is that the cells responsible for memory or the cells that are responsible for a person's judgement can shut down but the person

Q : Ce que vous dites c'est que les cellules responsables de la mémoire ou celles responsables du jugement d'une personne peuvent être neutralisées, mais

can still function such as walk or talk or move. Is that –

A: Yes, that's right. There is – and this particular threshold concentration of blood alcohol level differs among different people but there is a concentration that will shut down the judgement and evaluation neurons but only impair the movement and sensory processing neurons. A person is still able to walk and talk and answer questions and move about and come up with ideas and carry out fairly complex behaviours but be doing it in the absence of judgement.

Q: These cells that shut down, are they – are they responsible for transmitting long or short-term memory or –

A: That – that's another function of the – these neurons. There are, well, roughly two – two types of memory. One is referred to as short-term memory and that is up to about 30 minutes, things that are kept in mind for about 30 minutes are referred to as short-term memory. That's the – the first memory store. Information that's in short-term memory that the judgement and evaluation of appropriateness neurons deem important enough to use up long-term memory storage is then transferred into long-term memory storage. The short-term memory primarily is located in part of the brain called the Hippocampus. Long-term memory we don't know where it is specifically. Long-term memory is still a mystery what the mechanism of that. But the same cells that are [in]volved in the judgement and appropriate – the evaluation of appropriateness of behaviours, thoughts and ideas are also involved in this transfer from short-term memory into long-term memory. Information that is not transferred from short-term into long-term memory then is forgotten, is – is lost.

Q: It's lost. Now, you indicated that – that the judgement or evaluation by these cells being impaired becomes more acute as the level of alcohol rises in the system. You indicated that it can reach a point where these neurons will shut down. What, if anything, does that do with respect to the capability of an individual to determine appropriate behaviour, does it have any effect on it?

la personne peut tout de même marcher, parler ou bouger. Est-ce –

R : Oui, c'est exact. Il y a – et cette concentration seuil d'alcool dans le sang diffère d'une personne à l'autre, mais il y a une concentration qui neutralisera complètement les neurones responsables du jugement et de l'évaluation, mais ne fera qu'affaiblir ceux responsables du mouvement et du traitement sensoriel. Une personne est toujours capable de marcher, de parler, de répondre à des questions, de bouger, de formuler des idées et d'adopter des comportements assez complexes, mais elle agit sans exercer son jugement.

Q : Les cellules qui sont neutralisées, sont-elles – sont-elles responsables de la transmission de la mémoire à long ou à court terme ou –

R : C'est – il s'agit d'une autre fonction des – de ces neurones. Il existe, eh bien, plus ou moins deux – deux types de mémoire. L'une est appelée la mémoire à court terme, ce qui signifie jusqu'à 30 minutes environ. La mémoire à court terme regroupe les renseignements qui sont gardés en mémoire pendant environ 30 minutes. Il s'agit de la – la première mise en mémoire. Les renseignements qui sont stockés dans la mémoire à court terme et que les neurones responsables du jugement et de l'évaluation de l'acceptabilité jugent assez importants pour occuper une place dans la mémoire à long terme sont ensuite transférés dans la mémoire à long terme. La mémoire à court terme est principalement située dans la région du cerveau appelée l'hippocampe. En ce qui concerne la mémoire à long terme, nous ne savons pas exactement où elle est située. Le fonctionnement de la mémoire à long terme constitue toujours un mystère. Par contre, les mêmes cellules qui interviennent dans le jugement et l'acceptabilité – l'évaluation de l'acceptabilité des comportements, des pensées et des idées jouent également un rôle dans le transfert de la mémoire à court terme à la mémoire à long terme. L'information qui n'est pas transférée de la mémoire à court terme à la mémoire à long terme est ensuite oubliée, elle est – est perdue.

Q : Elle est perdue. Bon, vous avez indiqué que – que l'atteinte au jugement ou à la capacité d'évaluer qui relèvent de ces cellules s'accentue au fur et à mesure que le taux d'alcool augmente dans le système. Vous avez affirmé qu'il est possible d'atteindre un point où ces neurones seront neutralisés. Dans quelle mesure, le cas échéant, est-ce que cela affecte la capacité d'une personne de déterminer si des comportements sont acceptables, y a-t-il un effet?

A: Yes, it does. As blood alcohol level increases, the judgement cells are disrupted and at first then the person is still capable of judgement but it's not the clear, appropriate judgement that they would [have] if they didn't have any alcohol, so they have faulty judgement, up to a threshold blood alcohol concentration again which differs for each person at which time the blood – alcohol completely shuts down these judging and appropriateness neurons and the person then does not have – the ability to judge is just gone. At this stage then also the ability – the ability of that person's brain to transfer information from short-term memory into long-term memory, that is also gone. So the person would then have amnesia for things that happened once the blood alcohol level got above this particular threshold.

Q: The person that reaches this threshold where these cells shut down, can he or she determine the appropriateness of – of his or her behaviour or activities?

A: No, the – the – the cells are just not functioning whatsoever.

Q: I see. Now, you indicated that this can occur in the system and – and a person can reach a point where these cells will shut down where they're not capable of determining appropriate behaviour, they can't figure out what is or isn't appropriate in a particular circumstance but they can still walk and talk. Is that correct?

A: Yes, that's right.

Q: And –

A: Their – their – their – their ability to walk and talk would be impaired, it wouldn't be normal –

Q: Sure.

A: – walking and talking, but they're still – the brain cells that are involved responsible for motor activity, for verbalization, for idea generation, for following instructions, these cells are still able to work. They're not working normally but they're still able to carry out their – their – their duties.

Q: Now, you indicated that a person can reach the stage of – of what you referred to as alcoholic amnesia. And what is alcoholic amnesia?

R : Oui, il y en a un. Au fur et à mesure que l'alcoolémie augmente, les cellules responsables du jugement sont perturbées. Au début, la personne peut encore exercer son jugement, mais il n'est pas aussi éclairé ou judicieux que si elle n'avait pas pris d'alcool. Son jugement est alors faussé, jusqu'au moment où son alcoolémie atteint le seuil qui, je le répète, varie d'une personne à l'autre, au-delà duquel le sang – l'alcool neutralise complètement les neurones responsables du jugement et de l'acceptabilité. Donc, la personne n'a pas – la capacité d'exercer un jugement disparaît. À ce stade, la capacité – la capacité de son cerveau à transférer de l'information de la mémoire à court terme à la mémoire à long terme, cette capacité disparaît aussi. Donc, la personne serait frappée d'amnésie pour ce qui s'est produit une fois que son alcoolémie a dépassé ce seuil.

Q : La personne qui atteint le seuil où les cellules sont neutralisées, peut-elle déterminer si – son comportement ou ses activités sont acceptables?

R : Non, les – les – les cellules ne fonctionnent tout simplement pas.

Q : D'accord. Maintenant, vous avez indiqué que cela peut se produire dans le système et – et une personne peut atteindre un point où ces cellules sont neutralisées, où elle n'est plus apte à déterminer si ses comportements sont acceptables. Elle ne peut plus distinguer ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas dans une situation particulière, mais elle peut toujours marcher et parler. Est-ce exact?

R : Oui, c'est exact.

Q : Et –

R : Sa – sa – sa – sa capacité à marcher et à parler serait atteinte, elle ne serait pas normale, –

Q : Bien sûr.

R : – elle marche et parle, mais elle est toujours – les cellules du cerveau qui sont responsables de l'activité motrice, de la verbalisation, de la formation d'idées et de l'exécution d'instructions fonctionnent toujours. Elles ne fonctionnent pas normalement, mais elles peuvent encore accomplir leurs – leurs – leurs tâches.

Q : Bon, vous avez expliqué qu'une personne peut atteindre le stade de – de ce que vous appelez l'amnésie alcoolique. Et, qu'est-ce que l'amnésie alcoolique?

A: Okay. Well, alcohol-induced amnesia is a condition where the person has consumed sufficient beverage alcohol to reach a blood alcohol concentration that shuts down the – the activity of the cells involved in transferring information from short-term memory into long-term memory but yet not – have not consumed enough alcohol to shut down the activity of the cells that – that keep – keep the person awake or their ability to move. If they continue to drink beverage alcohol and their blood alcohol does reach the threshold needed to shut down motor – the cells responsible for movement or the cells responsible for keeping us awake, they then pass out.

Q: So physically they're – they're –

A: They're comatose.

Q: – comatose.

A: They're unconscious, yes. [Emphasis added; A.R., at pp. 424-29.]

Later, defence counsel put a hypothetical scenario to Dr. Richardson involving an individual the same age and weight as the appellant, having ingested roughly the amount allegedly consumed by the appellant, and acting in ways similar to how others had described the appellant's behaviour. The expert was asked if that individual would have symptoms consistent with alcoholic amnesia. Dr. Richardson answered affirmatively and further testified that, in this state, alcohol may have shut off the individual's judgment and "appropriateness filter":

Q: The scenario or the hypothetical that I provided you, is that consistent or inconsistent with alcohol-induced amnesia?

A: Yes, it is. At 8:00 a.m. the blood alcohol level would still be about 230 which is within the range of alcohol-induced amnesia. Again for different people it may – it may or may not be sufficient to produce blood alcohol level – or produce alcohol-induced amnesia in a given individual.

Q: Now, you indicated earlier that a person in an alcohol-induced amnesia you said that he was in – he or she was incapable of forming judgement

R : D'accord. Bien, l'amnésie induite par l'alcool est un état où la personne a consommé suffisamment d'alcool pour atteindre une concentration d'alcool dans le sang qui interrompt – l'activité des cellules qui jouent un rôle dans le transfert de l'information de la mémoire à court terme à la mémoire à long terme, mais n'a pas encore – n'a pas consommé une quantité suffisamment importante d'alcool pour interrompre l'activité des cellules qui – qui gardent – gardent la personne éveillée ou apte à bouger. Si la personne continue à boire de l'alcool et que son taux d'alcool dans le sang atteint le seuil nécessaire pour arrêter le moteur – c'est-à-dire les cellules responsables du mouvement ou celles responsables de la garder éveillée, la personne s'évanouit.

Q : Alors, physiquement, elle est – elle est –

R : Elle est comateuse.

Q : – comateuse.

R : Elle est inconsciente, oui. [Je souligne; d.a., p. 424-429.]

Ensuite, l'avocat de la défense a exposé un scénario hypothétique à M. Richardson, mettant en scène un individu du même âge et du même poids que l'appelant, qui aurait bu environ la quantité d'alcool consommé par l'appelant et qui aurait un comportement similaire à celui décrit par les autres à propos de l'appelant. On a demandé à l'expert si cet individu aurait des symptômes correspondant à l'amnésie alcoolique. M. Richardson a répondu par l'affirmative ajoutant que, dans cet état, le jugement et le « filtre de l'acceptabilité » de la personne peuvent être neutralisés par l'alcool :

[TRADUCTION]

Q : Le scénario ou l'hypothèse que je vous ai exposés correspondent-ils ou non à l'amnésie induite par l'alcool?

R : Oui, tout à fait. À 8 h, le taux d'alcool serait encore d'environ 230, ce qui se situe dans les valeurs de l'amnésie induite par l'alcool. Je répète que, pour différentes personnes, cela peut – peut être ou ne pas être suffisant pour mener à un taux d'alcool dans le sang – ou pour entraîner l'amnésie induite par l'alcool chez une personne en particulier.

Q : Vous avez indiqué précédemment qu'une personne en état d'amnésie alcoolique, vous avez dit qu'elle était – qu'elle était incapable d'exercer son

and couldn't figure out whether what they were doing was appropriate or not appropriate. Is that correct?

A: Yes, the blood alcohol levels above 200 milligrams percent for various people completely shut down the functioning of these – the neurons involved as the appropriateness filter in our – in our brains. And again this appropriateness filter is an automatic thing, it's not something that we consciously do, it's just that's what the brain cells do for us. It's one part of our unconscious brain activity.

Q: Now, a person in this state who isn't capable of determining the appropriate behaviour or capable of forming appropriate judgements, what is it that causes that to occur within the system? Is it the shutting down of the – of the brain cells?

A: Yes. Brain cell activity is just suppressed, totally suppressed by the depressing chemicals such as beverage alcohol or anti-anxiety pills, a variety of things.

Q: With respect to this alcohol-induced amnesia from the consumption of alcohol, does the memory of what transpired ever come back or is it gone?

A: It's gone. It's just not – it leaves – information that is not transferred from short-term memory storage into long-term is lost.

Q: And it will never come back.

A: Right. [A.R., at pp. 450-52]

3. Judgment of the Saskatchewan Court of Appeal

19 The only points of disagreement between the majority and dissent at the Court of Appeal were the adequacy of the trial judge's instruction on the defence of intoxication and whether the trial judge had to give a specific instruction on proof beyond a reasonable doubt with respect to the credibility of the accused ((2006), 212 C.C.C. (3d) 290). Therefore, I will limit myself to giving a short summary of the extent of disagreement between the majority and dissent on these issues. The finer points of Smith J.A.'s position will be examined in greater detail in the analysis below.

jugement et ne pouvait pas arriver à déterminer si ce qu'elle fait est acceptable ou non. Est-ce exact?

R : Oui, pour certaines personnes, une alcoolémie supérieure à 200 mg par 100 ml interrompt complètement le fonctionnement de ces – des neurones qui jouent le rôle de filtre de l'acceptabilité dans le – dans le cerveau. Encore une fois, ce filtre agit automatiquement. Ce n'est pas quelque chose que nous faisons consciemment, les cellules du cerveau le font pour nous. Il s'agit d'une de nos activités cérébrales inconscientes.

Q : Alors, que se produit-il dans le système pour qu'une personne qui se trouve dans cet état soit incapable de déterminer quel comportement est acceptable ou d'exercer son jugement de façon judicieuse? Est-ce la neutralisation des – des cellules du cerveau?

R : Oui. L'activité cérébrale est tout simplement interrompue, complètement interrompue par les dépresseurs chimiques tels que les boissons alcoolisées ou les pilules anxiolytiques, toutes sortes de choses.

Q : En ce qui concerne l'amnésie induite par la consommation d'alcool, la mémoire de ce qui s'est produit revient-elle un jour ou est-elle perdue?

R : Elle est perdue. Elle n'est tout simplement pas – elle disparaît – l'information qui n'est pas transférée de la mémoire à court terme à la mémoire à long terme est perdue.

Q : Et elle ne reviendra jamais.

R : C'est exact. [d.a., p. 450-452]

3. Décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan

Les juges majoritaires et la juge dissidente de la Cour d'appel ne divergeaient d'avis que sur la justesse des instructions formulées par le juge du procès concernant la défense d'intoxication et sur l'existence de son obligation de donner des directives précises sur la preuve hors de tout doute raisonnable relativement à la crédibilité de l'accusé ((2006), 212 C.C.C. (3d) 290). Je me contenterai donc d'exposer succinctement leur divergence d'opinions sur ces questions et j'examinerai plus en détail, dans l'analyse qui suivra, les subtilités de l'opinion de la juge Smith.

The inadequacies in the jury instruction on the intoxication defence were framed as two-fold by Mr. Daley before the Court of Appeal. First, it was argued that the presentation of the evidence relevant to the intoxication defence was inadequate, in particular the presentation of the evidence of the expert witness, Dr. Richardson. Second, it was argued that, because Dr. Richardson had testified in terms of capacity to form intent, the two-step charge suggested in *R. v. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306 (Ont. C.A.), which instructs both on capacity to form intent, as well as on actual intent, was warranted, rather than the one-step charge suggested in *R. v. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403 (B.C.C.A.), which instructs only on actual intent.

Vancise J.A. was of the view that the trial judge properly raised both sides of the evidence of the events before and after the homicide on the issue of whether the accused had the requisite intent to commit murder. The trial judge did not have to go further than he did in relating the evidence of Dr. Richardson, according to Vancise J.A., since the expert's testimony had not been relevant to the essential issue in the case — whether the accused possessed the requisite intent for murder:

> The evidence of Dr. Richardson did not negative the accused's intentions, purposefulness or foresight. His evidence dealt with the loss of memory not intention. He did not equate lack of memory with lack of intent. The issue is not whether the accused's judgement was impaired but rather whether the accused lacked the intent. [Emphasis added; para. 34.]

Vancise J.A. took Dr. Richardson's evidence at face value and did not read into his testimony any more than what was actually there.

Because he found the expert had not testified in terms relating to the capacity of the appellant to form the requisite intent, Vancise J.A. concluded that a two-step *MacKinlay*-type charge was not warranted. As to whether the trial judge had to give a specific instruction on reasonable doubt with respect to the credibility of the accused, he

20 Devant la Cour d'appel, l'appelant a présenté en deux volets les vices qui entachaient les directives données au jury à propos de la défense d'intoxication. Premièrement, il a soutenu que le juge a mal présenté la preuve relative à ce moyen de défense, en particulier le témoignage de l'expert, M. Richardson. Deuxièmement, comme ce témoignage portait sur la capacité de former une intention, il aurait fallu que le juge procède à l'exposé en deux temps préconisé dans *R. c. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306 (C.A. Ont.), qui comporte des directives à la fois sur la capacité de former une intention et sur l'intention véritable, et non à l'exposé en un temps proposé dans *R. c. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403 (C.A.C.-B.), qui ne s'intéresse qu'à l'intention véritable.

21 Le juge Vancise a estimé que le juge du procès avait dûment souligné les éléments de preuve relatifs aux événements survenus avant et après l'homicide qui étayaient la thèse de chacune des parties quant à la question de savoir si l'accusé avait ou non l'intention requise pour commettre un meurtre. Selon le juge Vancise, le juge du procès n'avait pas à pousser plus loin sa récapitulation de la preuve offerte par M. Richardson, puisque son témoignage d'expert ne concernait pas la question fondamentale en l'espèce, soit celle de savoir si l'accusé avait l'intention requise pour commettre un meurtre :

> [TRADUCTION] Le témoignage de M. Richardson n'a pas nié l'intention, la détermination ni la capacité de prévoir de l'accusé. Ses propos ont porté sur la perte de la mémoire, et non sur l'intention. Il n'a pas assimilé la perte de mémoire à l'absence d'intention. Il ne s'agit pas de savoir si le jugement de l'accusé était faussé, mais de savoir s'il n'avait pas d'intention. [Je souligne; par. 34.]

Le juge Vancise a pris le témoignage de M. Richardson tel quel, sans y inclure autre chose que son véritable contenu.

22 Parce que, selon lui, le témoignage de l'expert ne se rapportait pas à la capacité de l'appelant de former l'intention requise, le juge Vancise a conclu qu'un exposé en deux temps selon le modèle *MacKinlay* n'était pas justifié. Quant à l'obligation du juge du procès de donner des directives particulières sur le doute raisonnable relativement à la crédibilité de

concluded that the law only requires making this link where credibility is important and opined that, in this case, the credibility of Mr. Daley had not been in issue. Mr. Daley had only testified that he could not remember anything past 5 a.m.; he gave no evidence on the key element in the trial — whether he had the requisite intent to kill or cause bodily harm with the foresight that the likely consequence was death.

23 Smith J.A. took a very different view of the evidence of Dr. Richardson and this led her to find several deficiencies in Kyle J.'s jury charge. In her view, there was overwhelming evidence that Mr. Daley was highly intoxicated and

> it is clear that the point of leading [Dr. Richardson's evidence] was to establish that, at the time the appellant's wife was killed, the appellant was extremely intoxicated to the point that he could suffer amnesia in relation to the event, and, more significantly, to the point that he would be incapable of the judgment necessary to appreciate the consequences of what he was doing. . . .
>
> . . .in my view, the clear factual implication of Dr. Richardson's testimony was that, in the case of extreme intoxication[,] the ability of an individual to judge or appreciate the consequences of his or her actions is, at least, seriously impaired, and may be totally absent. [Emphasis added; paras. 126-27.]

24 By ascribing this significance to Dr. Richardson's testimony, Smith J.A. appears to have found the appellant's intoxication defence to have been particularly strong and thus concluded that the trial judge failed to present it properly to the jury. She found that Kyle J. failed to explain the issue of intoxication properly; gave a one-sided summary of the evidence and, in particular, failed to explain the real implication of the expert's evidence; misled the jury about the significance of alcoholic amnesia; confused the jury about the degree of intoxication needed to make out the defence; should have given a two-step *MacKinlay*-type charge; should have done more to prevent the jury from readily

l'accusé, il a conclu que le droit ne l'obligeait à établir ce lien que dans les cas où la crédibilité revêt de l'importance. En l'espèce, le juge Vancise était d'avis que la crédibilité de M. Daley n'était pas un enjeu. Dans son témoignage, M. Daley avait seulement déclaré qu'il n'avait aucun souvenir de ce qui était survenu après 5 h; il n'a offert aucune preuve concernant la question qui était au cœur du procès, soit celle de savoir s'il avait l'intention requise pour commettre un meurtre ou pour causer des lésions corporelles, sachant qu'elles étaient de nature à entraîner la mort.

La juge Smith avait une perception très différente du témoignage de M. Richardson. C'est pourquoi elle a conclu à l'existence de plusieurs irrégularités dans l'exposé du juge Kyle au jury. Selon elle, une preuve accablante démontrait que M. Daley était très ivre :

> [TRADUCTION] . . . il est clair que cette preuve [le témoignage de M. Richardson] visait à démontrer que, au moment où la femme de l'appelant a été tuée, ce dernier était extrêmement intoxiqué, au point de pouvoir être frappé d'amnésie relativement à ce qui s'est passé et, fait plus important, au point de ne pouvoir exercer le jugement nécessaire pour comprendre les conséquences de ce qu'il faisait. . .
>
> . . . à mon avis, la portée factuelle du témoignage de M. Richardson est claire : dans les cas d'intoxication extrême, la capacité d'évaluer ou d'apprécier les conséquences de ses actes est, tout au moins, gravement atteinte, voire totalement annihilée. [Je souligne; par. 126-127.]

En attribuant cette portée au témoignage de M. Richardson, la juge Smith semble avoir estimé que la défense d'intoxication de l'appelant était particulièrement solide. Elle a donc conclu que le juge du procès ne l'avait pas présentée correctement au jury. Selon elle, le juge Kyle n'a pas bien expliqué la question de l'intoxication au jury, a fait un résumé partial de la preuve, notamment en omettant d'expliquer la portée véritable du témoignage d'expert, a induit le jury en erreur sur la portée de l'amnésie alcoolique, a semé la confusion dans l'esprit des jurés au sujet du degré d'intoxication nécessaire pour que ce moyen de défense soit retenu, aurait dû présenter un exposé en deux temps selon le modèle

applying the common sense inference; and failed to adequately instruct the jury as to the requirement for proof beyond a reasonable doubt in that he failed to expressly link this requirement to the issue of credibility, since the fact that he stated he could not remember the events of the evening was crucial to his defence.

MacKinlay et aurait dû prendre davantage de précautions pour empêcher le jury d'appliquer d'emblée la déduction conforme au bon sens. Enfin, il n'aurait pas donné des directives adéquates au jury sur l'exigence de la preuve hors de tout doute raisonnable en ne liant pas expressément cette exigence à la question de la crédibilité, étant donné que la déclaration de l'appelant qu'il ne pouvait se souvenir des événements de la soirée était capitale pour sa défense.

As I noted in the introduction, almost the entirety of Smith J.A.'s dissent is premised on the interpretation she gives to Dr. Richardson's evidence, and this raises the question of whether her dissent was truly on a question of law as required by s. 691(1)(*a*) of the *Criminal Code*. As earlier stated, I have serious doubts whether this was indeed a dissent on a question of law, but since the extent of her disagreement with the majority is extensive and raises a number of reasons to doubt the adequacy of the charge, I will address directly the points she raises. 25

Comme je l'ai signalé en introduction, la dissidence de la juge Smith repose presque entièrement sur son interprétation du témoignage de M. Richardson, de sorte qu'on peut se demander si elle porte véritablement sur une question de droit ainsi que l'exige l'al. 691(1)*a*) du *Code criminel*. Je répète que je doute sérieusement qu'il s'agisse d'une dissidence sur une question de droit, mais puisque la juge Smith diffère profondément d'avis avec ses collègues majoritaires et fait état de plusieurs raisons de douter de la justesse de l'exposé au jury, je traiterai directement des points qu'elle soulève.

4. Relevant Statutory Provisions

The relevant provisions of the *Criminal Code* are attached in the Appendix. 26

4. Dispositions législatives pertinentes

Les dispositions pertinentes du *Code criminel* sont reproduites en annexe.

5. Analysis

5.1 *Legal Principles on Jury Charges*

5.1.1 General Principles

In a criminal jury trial, the jury determines the guilt or innocence of the accused. Questions of fact are solely within the jury's competence. The jury draws the final conclusion on the basis of the facts it considers established by the evidence. The trial judge is required to determine and to state the law, and to regulate and order the proceedings in accordance with the law. See C. Granger, *The Criminal Jury Trial in Canada* (2nd ed. 1996), at p. 6. 27

5. Analyse

5.1 *Principes juridiques applicables aux exposés au jury*

5.1.1 Principes généraux

Dans un procès criminel devant jury, celui-ci se prononce sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Les questions de fait relèvent exclusivement du jury, et c'est lui qui tire la conclusion finale, en s'appuyant sur les faits qu'il estime démontrés par la preuve. Le juge du procès doit établir quelles sont les règles de droit applicables, les exposer et conduire le procès conformément à la loi : voir C. Granger, *The Criminal Jury Trial in Canada* (2e éd. 1996), p. 6.

When reviewing the adequacy of jury instructions, appellate courts must remember the role of 28

Le tribunal d'appel appelé à déterminer si le jury a reçu des directives adéquates doit garder à l'esprit

the various actors in the context of the trial as a whole: see *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at paras. 33 and 35. The jury is the master of the facts. The judge is the master of the law. It is counsel's obligation to put all evidence relevant to its position before the jury and to effectively defend the interests of the accused, in the case of defence counsel, and the interests of the state, in the case of Crown counsel. The trial procedure is accusatory and adversarial. The judge is not there to argue, inquire or examine, accuse or defend, nor to make decisions on the facts or on the guilt of the accused: Granger.

29 This case concerns a number of issues relating to the trial judge's final charge. B. Q. H. Der, in *The Jury — A Handbook of Law and Procedure* (looseleaf), at p. 14-1, sets out eight elements that should be covered:

1. instruction on the relevant legal issues, including the charges faced by the accused;
2. an explanation of the theories of each side;
3. a review of the salient facts which support the theories and case of each side;
4. a review of the evidence relating to the law;
5. a direction informing the jury they are the masters of the facts and it is for them to make the factual determinations;
6. instruction about the burden of proof and presumption of innocence;
7. the possible verdicts open to the jury; and
8. the requirements of unanimity for reaching a verdict.

30 When considering the adequacy of a trial judge's charge on these elements, it is important for appellate courts to keep in mind the following. The cardinal rule is that it is the general sense which the words used must have conveyed, in all probability, to the mind of the jury that matters, and not whether a particular formula was recited by the judge. The particular words used, or the sequence followed, is

les rôles distincts que jouent les divers intervenants dans l'ensemble du procès : voir *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 33 et 35. Le jury est le maître des faits et le juge, le maître du droit. C'est aux avocats qu'incombe l'obligation de présenter au jury toute la preuve se rapportant à leur thèse et de défendre efficacement les intérêts de l'accusé, dans le cas de l'avocat de la défense, et ceux de l'État, dans le cas de l'avocat de la poursuite. Le procès se déroule suivant une procédure accusatoire et contradictoire. Le juge ne plaide pas, il ne mène pas d'enquête ni d'interrogatoire, il n'accuse ni ne défend et il ne rend pas de décision sur les faits ou sur la culpabilité de l'accusé : Granger.

Les questions soulevées en l'espèce concernent l'exposé final du juge au jury. Dans *The Jury — A Handbook of Law and Procedure* (feuilles mobiles), p. 14-1, B. Q. H. Der énumère huit éléments qui doivent figurer dans l'exposé :

[TRADUCTION]

1. des directives sur les questions de droit pertinentes, dont les accusations portées contre l'accusé;
2. une explication de la thèse de chaque partie;
3. une récapitulation des faits saillants à l'appui des prétentions et de la thèse de chaque partie;
4. une récapitulation de la preuve rattachée au droit;
5. une directive précisant au jury qu'il est le maître des faits et que c'est lui qui doit statuer sur les faits;
6. des directives au sujet du fardeau de la preuve et de la présomption d'innocence;
7. les verdicts possibles;
8. les exigences relatives à l'unanimité du verdict.

En déterminant si le juge du procès a donné des directives adéquates sur ces éléments dans son exposé au jury, le tribunal d'appel ne doit pas oublier ce qui suit. La règle cardinale veut que ce qui importe soit le message général que les termes utilisés ont transmis au jury, selon toutes probabilités, et non de savoir si le juge a employé une formule particulière. Le choix des mots et l'ordre des

a matter within the discretion of the trial judge and will depend on the particular circumstances of the case.

In determining the general sense which the words used have likely conveyed to the jury, the appellate tribunal will consider the charge as a whole. The standard that a trial judge's instructions are to be held to is not perfection. The accused is entitled to a properly instructed jury, not a perfectly instructed jury: see *Jacquard*, at para. 2. It is the overall effect of the charge that matters.

5.1.2 Instructions on the Relevant Legal Issues Where Intoxication Is a Defence

The trial judge must set out in plain and understandable terms the law the jury must apply when assessing the facts. This is what is meant when it is said that the trial judge has an obligation to instruct on the relevant legal issues.

In the instant case, there was clear evidence of intoxication, which the appellant relied on as a defence to murder. This was the central issue in the case. For the analysis that follows, I believe it would be helpful at this point to review the law with respect to the defence of voluntary intoxication and how trial judges must explain this issue to the jury.

5.1.2.1 *The Development of the Defence of Voluntary Intoxication*

The modern defence of intoxication stems from the decision of the House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479. Finding that intoxication, in some cases, could be a defence, the House of Lords articulated the following propositions, at pp. 500-502:

(1) That intoxication could be a ground for an insanity defence if it produced a disease of the mind.

différents éléments relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge et dépendront des circonstances.

31 Pour établir le message général qui a vraisemblablement été transmis au jury par les termes utilisés, le tribunal d'appel considérera l'exposé dans son ensemble. Le juge du procès n'est pas tenu à la perfection dans la formulation de ses directives. L'accusé a droit à un jury qui a reçu des directives appropriées, et non des directives parfaites : voir *Jacquard*, par. 2. C'est l'effet global de l'exposé qui compte.

5.1.2 Directives sur les questions de droit pertinentes lorsque la défense d'intoxication est invoquée

32 Le juge du procès doit exposer aux jurés, dans un langage simple et compréhensible, les règles de droit qu'ils doivent appliquer en appréciant les faits. C'est ce qu'on entend par l'obligation du juge du procès d'expliquer les questions de droit pertinentes dans ses directives.

33 En l'espèce, il existait des preuves claires d'intoxication que l'appelant a fait valoir pour se défendre contre l'accusation de meurtre. C'était là la question fondamentale. Pour l'analyse qui suit, j'estime utile d'examiner maintenant le droit relatif à la défense d'intoxication volontaire et la façon dont le juge du procès doit expliquer cette question au jury.

5.1.2.1 *Évolution de la défense d'intoxication volontaire*

34 La défense d'intoxication invoquée de nos jours découle de la décision rendue par la Chambre des lords dans *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479. Concluant que l'intoxication pouvait constituer une défense dans certains cas, la Chambre des lords a énoncé les principes suivants (p. 500-502) :

(1) L'intoxication peut fonder une défense d'aliénation mentale si elle a causé une maladie mentale.

(2) That evidence of drunkenness which renders the accused incapable of forming the specific intent essential to constitute the crime should be taken into consideration with the other facts proved in order to determine whether or not he had this intent.

(3) That evidence of drunkenness falling short of a proved incapacity in the accused to form the intent necessary to constitute the crime, and merely establishing that his mind was affected by drink so that he more readily gave way to some violent passion, does not rebut the presumption that a man intends the natural consequences of his acts.

35 Courts in England and Canada have taken the reference in *Beard* to "forming the specific intent essential to constitute the crime" as drawing a distinction between crimes of specific intent and those of general intent, such that the defence of intoxication is traditionally only available with respect to the former. Specific intent offences require the mind to focus on an objective further to the immediate one at hand, while general intent offences require only a conscious doing of the prohibited act: see *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, and *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871.

36 In *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, the Court was faced with whether an accused could rely on the defence of intoxication for a general intent offence. The Court endorsed the controversial proposition adopted in England that the accused, by becoming voluntarily intoxicated, had committed the *mens rea* for a general intent offence. Under this approach, the recklessness of becoming drunk was deemed to be sufficient to supply the fault element for the commission of the particular general intent offence.

37 The *Leary* rule was found to violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, however, in *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63. There, this Court held

(2) La preuve de l'ivresse qui rend l'accusé incapable de former l'intention spécifique qui constitue un élément essentiel du crime doit être examinée, avec le reste de la preuve, pour déterminer s'il a eu ou non cette intention.

(3) Si la preuve de l'ivresse n'est pas suffisante pour établir que l'accusé était incapable de former l'intention nécessaire pour commettre le crime et ne fait qu'établir que son esprit était affecté par ce qu'il avait bu, de sorte qu'il s'est laissé aller plus facilement à un violent accès de passion, la présomption qu'une personne veut les conséquences naturelles de ses actes n'est pas repoussée.

Tant en Angleterre qu'au Canada, les tribunaux ont considéré que la mention de la capacité de [TRADUCTION] « former l'intention spécifique qui constitue un élément essentiel du crime » dans *Beard* établissait une distinction entre les crimes d'intention spécifique et les crimes d'intention générale, de sorte que la défense d'intoxication ne pouvait traditionnellement être invoquée que pour la première catégorie de crimes. Pour perpétrer une infraction d'intention spécifique, il faut viser un objectif qui dépasse l'objectif immédiat, tandis que les infractions d'intention générale n'exigent que la conscience d'accomplir l'acte interdit : voir *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, et *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871.

Dans *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, la Cour, qui devait déterminer s'il était possible d'invoquer la défense d'intoxication pour un crime d'intention générale, a accepté la position controversée adoptée en Angleterre, selon laquelle un accusé qui s'intoxique volontairement possède la *mens rea* requise pour un crime d'intention générale. Suivant ce raisonnement, l'indifférence dont on faisait preuve en s'enivrant suffisait à former l'élément fautif nécessaire pour la perpétration d'une infraction d'intention générale.

Toutefois, dans *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, la règle énoncée dans *Leary* a été jugée contraire à la *Charte canadienne des droits et*

that extreme intoxication could in rare cases be a defence to general intent offences such as assault or sexual assault. It further held that, in such cases, the minimal intent required for a general intent offence cannot be inferred from the commission of the prohibited act because "the very voluntariness or consciousness of that act may be put in question by the extreme intoxication of the accused" (p. 87).

libertés. En effet, la Cour a estimé que, dans de rares cas, un accusé pouvait invoquer son intoxication extrême en défense à l'encontre d'infractions d'intention générale comme les voies de fait ou l'agression sexuelle. En outre, elle a statué que, dans de tels cas, l'intention minimale requise pour un crime d'intention générale ne pouvait s'inférer de la perpétration de l'acte interdit parce que « l'aspect volontaire ou conscient de cet acte peut être mis en doute en raison de l'intoxication extrême de l'accusé » (p. 87).

The defence contemplated in *Daviault* applies only if the accused is *extremely* intoxicated. As Cory J. stated:

38 L'accusé ne peut invoquer le moyen de défense envisagé dans *Daviault* que s'il était dans un état d'intoxication *extrême*. Comme l'a signalé le juge Cory :

> Given the minimal nature of the mental element required for crimes of general intent, even those who are significantly drunk will usually be able to form the requisite *mens rea* and will be found to have acted voluntarily. . . .
>
> It is obvious that it will only be on rare occasions that evidence of such an extreme state of intoxication can be advanced and perhaps only on still rarer occasions is it likely to be successful. [pp. 99-100]

> Étant donné la nature minimale de l'élément moral requis pour les crimes d'intention générale, même les personnes dont l'état d'ébriété est avancé peuvent habituellement former la *mens rea* requise et être jugées avoir agi volontairement. . .
>
> Il est évident que la preuve d'un tel état d'extrême intoxication ne peut être faite qu'en de rares occasions, et qu'elle n'est susceptible de réussir qu'encore plus rarement. [p. 99-100]

One must be intoxicated to the point of rendering himself an automaton in order to qualify for this defence. In *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290, this Court characterized the *Daviault* decision as having "addressed extreme intoxication akin to a state of automatism" (para. 162) and proposed a unified approach for proof of automatism defences.

Il faut avoir été intoxiqué au point d'être réduit à l'état d'automate pour bénéficier de ce moyen de défense. Dans *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, la Cour a indiqué que, dans *Daviault*, elle avait « examiné la question de l'intoxication extrême s'apparentant à un état d'automatisme » (par. 162) et elle a proposé une méthode unifiée applicable à la preuve relative aux défenses d'automatisme.

Nine months after *Daviault*'s release, Parliament responded with s. 33.1 of the *Criminal Code*, which amends the *Code* so that those with a *Daviault* defence will be convicted of the same violent general intent offences they would have been convicted of before the Court's decision. This provision appears to amend the law such that extreme intoxication to the point of automatism or involuntariness is only available for offences that do not include as an element "an assault or any other interference or threat of interference by a person with the bodily integrity of another person": s. 33.1(3) of the *Code*.

39 Neuf mois après le prononcé de *Daviault*, le législateur a réagi en édictant l'art. 33.1 du *Code criminel* afin que ceux qui pouvaient se prévaloir de la défense décrite dans cet arrêt continuent d'être reconnus coupables des mêmes crimes violents d'intention générale qu'avant la décision. Cette disposition semble modifier le droit de manière à ce que l'intoxication extrême entraînant l'automatisme ou l'absence de volonté ne puisse être invoquée qu'à l'égard des infractions ne comportant pas « [d]'atteinte ou [de] menace d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou toute forme de voies de fait » : par. 33.1(3) du *Code*.

40 Thus, on the current state of the law, for a murder charge, the defence of intoxication will only be available to negate specific intent so as to reduce the charge to manslaughter. The degree of intoxication capable of raising a reasonable doubt about whether the accused lacked specific intent was discussed by this Court in *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683. That case considered the legitimacy of the third proposition in *Beard*, which refers to evidence of intoxication that would render the accused *incapable* of forming specific intent in order to make out the defence. This proposition was interpreted by many courts to require the trier of fact to have a reasonable doubt about whether the accused was capable of forming an intent, whereas general *mens rea* principles would suggest that the actual intent, not capacity for intent should be the issue. In *Robinson*, the Court held that the *Beard* rules violated ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter* because they required the jury to convict even if they had a reasonable doubt about the accused's actual intent. An accused who was not so intoxicated as to lack capacity to form the intent may nevertheless not have exercised that capacity and formed the specific intent. The ultimate inquiry is always whether the accused possessed actual intent.

Ainsi, dans l'état actuel du droit, la défense d'intoxication ne peut être invoquée, à l'égard d'une accusation de meurtre, que pour nier l'existence de l'intention spécifique et réduire l'accusation à celle d'homicide involontaire coupable. La Cour a examiné la question du degré d'intoxication pouvant soulever un doute raisonnable quant à l'absence d'intention spécifique dans *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683. Cette affaire mettait en cause la validité du troisième principe énoncé dans *Beard*, selon lequel ce moyen de défense exigerait la preuve d'une intoxication rendant l'accusé *incapable* de former l'intention spécifique requise. Selon l'interprétation qu'en ont fait de nombreux tribunaux, ce principe exige que le juge des faits ait un doute raisonnable sur la capacité de l'accusé de former une intention, alors que les principes généraux en matière de *mens rea* indiquent que c'est l'intention véritable, et non la capacité de former une intention qui doit être établie. Dans *Robinson*, la Cour a statué que les règles énoncées dans *Beard* violaient l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte* parce qu'elles obligeaient le jury à rendre un verdict de culpabilité même en présence d'un doute raisonnable quant à l'intention véritable de l'accusé. Pourtant, il est possible qu'un accusé dont l'intoxication n'a pas annihilé la capacité de former une intention n'ait pas exercé cette capacité et n'ait pas formé d'intention spécifique. La question fondamentale reste toujours celle de l'intention véritable de l'accusé.

5.1.2.2 *The Legally Relevant Degrees of Intoxication*

41 Our case law suggests there are three legally relevant degrees of intoxication. First, there is what we might call "mild" intoxication. This is where there is alcohol-induced relaxation of both inhibitions and socially acceptable behaviour. This has never been accepted as a factor or excuse in determining whether the accused possessed the requisite *mens rea*. See *Daviault*, at p. 99. Second, there is what we might call "advanced" intoxication. This occurs where there is intoxication to the point where the accused lacks specific intent, to the extent of an impairment of the accused's foresight of the consequences of his or her act sufficient to raise a reasonable doubt about the requisite *mens rea*. The Court

5.1.2.2 *Les degrés d'intoxication pertinents en droit*

Notre jurisprudence établit trois degrés d'intoxication pertinents en droit. Il y a d'abord ce que nous pourrions appeler l'intoxication « légère ». C'est l'état où l'alcool provoque un relâchement des inhibitions et du comportement socialement acceptable. Cet état n'a jamais été reconnu comme facteur ou excuse lorsqu'il s'agit de déterminer si l'accusé avait la *mens rea* requise : voir *Daviault*, p. 99. Vient en deuxième lieu l'intoxication « avancée ». Il s'agit d'un état d'intoxication tel que l'accusé n'a pas d'intention spécifique, lorsque l'atteinte à sa capacité de prévoir les conséquences de ses actes est suffisante pour susciter un doute raisonnable concernant l'existence de la *mens rea* requise. Dans

in *Robinson* noted that this will most often be the degree of intoxication the jury will grapple with in murder trials:

> In most murder cases, the focus for the trier of fact will be on the foreseeability prong of s. 229(*a*)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, that is, on determining whether the accused foresaw that his or her actions were likely to cause the death of the victim. For example, consider the case where an accused and another individual engage in a fight outside a bar. During the fight, the accused pins the other individual to the ground and delivers a kick to the head, which kills that person. In that type of a case, the jury will likely struggle, assuming they reject any self-defence or provocation claim, with the question of whether that accused foresaw that his or her actions would likely cause the death of the other individual. [para. 49]

A defence based on this level of intoxication applies only to specific intent offences.

It is important to recognize that the extent of intoxication required to advance a successful intoxication defence of this type may vary, depending on the type of offence involved. This was recognized by this Court in *Robinson*, at para. 52, in regards to some types of homicides:

> [I]n cases where the only question is whether the accused intended to kill the victim (s. 229(*a*)(i) of the *Code*), while the accused is entitled to rely on any evidence of intoxication to argue that he or she lacked the requisite intent and is entitled to receive such an instruction from the trial judge (assuming of course that there is an "air of reality" to the defence), it is my opinion that intoxication short of incapacity will in most cases rarely raise a reasonable doubt in the minds of jurors. For example, in a case where an accused points a shotgun within a few inches of someone's head and pulls the trigger, it is difficult to conceive of a successful intoxication defence unless the jury is satisfied that the accused was so drunk that he or she was not capable of forming an intent to kill.

Although I would hesitate to use the language of capacity to form intent, for fear that this may detract from the ultimate issue (namely, actual intent), the point of this passage, it seems to me, is that, for certain types of homicides, where death is the obvious

Robinson, la Cour a indiqué qu'il s'agit du degré d'intoxication avec lequel les jurys seront le plus souvent aux prises :

> Dans la plupart des affaires de meurtre, le juge des faits se concentre sur le volet « prévisibilité » du sous-al. 229*a*)(ii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, c'est-à-dire sur la question de savoir si l'accusé a prévu que ses actes seraient de nature à causer la mort de la victime. Par exemple, prenons le cas où l'accusé et une autre personne se bagarrent à l'extérieur d'un bar. Au cours de la bagarre, l'accusé jette l'autre personne par terre et lui assène un coup de pied mortel à la tête. Dans ce type d'affaire, le jury, en supposant qu'il rejettera toute allégation de légitime défense ou de provocation, sera vraisemblablement aux prises avec la question de savoir si l'accusé a prévu que ses actes seraient de nature à causer la mort de l'autre personne. [par. 49]

On ne peut invoquer de défense fondée sur ce degré d'intoxication qu'à l'égard d'infractions d'intention spécifique.

Il faut comprendre que le degré d'intoxication nécessaire pour qu'une défense d'intoxication de ce type soit retenue peut varier suivant l'infraction. C'est ce que la Cour a reconnu dans *Robinson* quant à certains types d'homicide, au par. 52 : 42

> [D]ans les cas où il s'agit seulement de savoir si l'accusé a voulu tuer la victime (sous-al. 229*a*)(i) du *Code*), bien que l'accusé ait le droit d'invoquer toute preuve d'intoxication pour faire valoir qu'il n'avait pas l'intention requise, et qu'il ait droit à ce que le juge du procès donne une directive en ce sens (en supposant bien sûr que le moyen de défense est vraisemblable), je suis d'avis que, dans la plupart des cas, l'intoxication qui n'est pas suffisante pour engendrer une incapacité fera rarement naître un doute raisonnable dans l'esprit du jury. Par exemple, dans le cas où un accusé pointe un fusil de chasse à quelques pouces de la tête de quelqu'un et appuie sur la gâchette, il est difficile de concevoir comment l'intoxication peut être invoquée avec succès comme moyen de défense, à moins que le jury ne soit convaincu que l'accusé était ivre au point d'être incapable de former l'intention de tuer.

J'hésiterais à parler de capacité de former une intention, de crainte de faire perdre de vue la question fondamentale (à savoir, celle de l'intention véritable), mais je crois que ce passage signifie qu'il se peut que l'accusé ait à établir un degré

consequence of the accused's act, an accused might have to establish a particularly advanced degree of intoxication to successfully avail himself or herself of an intoxication defence of this type.

43 The third and final degree of legally relevant intoxication is extreme intoxication akin to automatism, which negates voluntariness and thus is a complete defence to criminal responsibility. As discussed above, such a defence would be extremely rare, and by operation of s. 33.1 of the *Criminal Code*, limited to non-violent types of offences.

5.1.2.3 *When the Trial Judge Must Instruct on Intoxication*

44 It is apparent that where there is evidence of a mild degree of intoxication, since this has never been held to be a defence, the trial judge is not required to give any instruction on intoxication; there would be no air of reality to the defence. The threshold for instructing juries on intoxication was set out in *Robinson*, at para. 48: "[B]efore a trial judge is required by law to charge the jury on intoxication, he or she must be satisfied that the effect of the intoxication was such that its effect might have impaired the accused's foresight of consequences sufficiently to raise a reasonable doubt" (emphasis deleted). This is the threshold for instructing juries on advanced drunkenness.

45 As for extreme intoxication akin to automatism, the approach adopted in *Daviault* and confirmed in *Stone* imposes an evidentiary burden on the accused to satisfy the trial judge that there is evidence upon which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities. In all cases, this will require that the defence make an assertion of involuntariness and call confirming psychiatric evidence: see *Stone*, at paras. 182-84; *Daviault*, at pp. 101-2.

d'intoxication particulièrement avancé pour opposer une telle défense d'intoxication à certains types d'homicides où la mort est la conséquence évidente des actes commis.

Le troisième et dernier degré d'intoxication pertinent en droit est celui de l'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme, qui exclut tout caractère volontaire et qui, de ce fait, constitue un moyen de défense exonérant totalement de toute responsabilité criminelle. Comme on l'a vu, toutefois, ce moyen ne peut être invoqué que très rarement et, aux termes de l'art. 33.1 du *Code criminel*, qu'à l'égard d'infractions non violentes.

5.1.2.3 *Quand le juge du procès est-il tenu de donner des directives sur l'intoxication?*

Puisque la preuve d'une intoxication légère n'a jamais constitué un moyen de défense, il est clair que le juge du procès n'a pas à donner de directives au jury à ce sujet; en effet, la défense ne serait pas vraisemblable. C'est au par. 48 de *Robinson* qu'est décrite la condition préalable pour que le juge ait l'obligation de donner au jury des directives sur l'intoxication : « pour que le juge du procès soit tenu en droit de donner au jury des directives sur l'intoxication, il doit être convaincu que l'intoxication a eu un effet qui pourrait avoir vicié la prévision des conséquences par l'accusé d'une manière suffisante pour susciter un doute raisonnable » (soulignement omis). Voilà la condition préalable pour qu'il soit nécessaire de donner des directives au jury sur l'ivresse avancée.

S'agissant de l'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme, les principes adoptés dans *Daviault* et confirmés dans *Stone* imposent à l'accusé le fardeau de convaincre le juge du procès de l'existence d'éléments de preuve sur la foi desquels un jury ayant reçu les directives appropriées pourrait conclure, selon la prépondérance des probabilités, que les gestes posés par l'accusé étaient involontaires. Dans tous les cas, l'accusé devra invoquer qu'il a agi involontairement, en présentant à l'appui une preuve d'expert en psychiatrie : voir *Stone*, par. 182-184; *Daviault*, p. 101-102.

It is clear that a defence based on a degree of intoxication akin to automatism was not advanced in the present case. This was acknowledged by Smith J.A., at para. 108:

[T]his degree of intoxication was never put forward as a defence in the case before us and, in any case, the evidence of the appellant's conduct prior to the killing would not have supported it, for in the time preceding the stabbing of Ms. Manchur the conduct of the appellant clearly indicated that he was capable of conscious, voluntary, even if very drunken, action.

5.1.2.4 *Elements of an Adequate Jury Charge on Intoxication*

Since the degree of extreme intoxication akin to automatism is not in issue in this case, I will limit my review of what constitutes an adequate charge on this degree of drunkenness to saying that a charge consistent with that given in cases involving non-insane automatism will be in order. What really concerns us here is what constitutes an adequate charge on advanced intoxication.

In *Robinson* it was held that once the threshold for instructing on the defence of intoxication was met, the trial judge "must then make it clear to the jury that the issue before them is whether the Crown has satisfied them beyond a reasonable doubt that the accused had the requisite intent. In the case of murder the issue is whether the accused intended to kill or cause bodily harm with the foresight that the likely consequence was death" (para. 48). The Court in *Robinson* also endorsed the model charge set out in *Canute*, at p. 419, as that which should normally be given (see para. 49). It is instructive to set out the charge suggested in *Canute*:

The intoxicating effect of alcohol and drugs is well known. Intoxication which causes a person to cast off restraint and act in a manner in which he/she would not have acted if sober affords no excuse for the commission of an offence while in that state if he/she had the intent required to constitute the offence. A drunken intent is none the less an intent.

Le moyen de défense fondé sur un degré d'intoxication s'apparentant à l'automatisme n'a manifestement pas été invoqué en l'espèce, ce que la juge Smith a reconnu au par. 108 : 46

[TRADUCTION] [C]e degré d'intoxication n'a jamais été invoqué en défense en l'espèce et, l'eût-il été, la preuve de la conduite de l'appelant avant le meurtre ne l'aurait pas étayé. En effet, avant que M^me^ Manchur ne soit poignardée, cette conduite indiquait clairement que, même très ivre, il pouvait agir de façon consciente et volontaire.

5.1.2.4 *Éléments de directives adéquates sur l'intoxication*

Puisque le degré d'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme n'est pas en cause, je me bornerai à dire que les directives à donner au sujet de ce degré d'ivresse doivent obéir aux règles applicables aux directives en matière d'automatisme sans aliénation mentale. En l'espèce, la question véritable est celle de savoir en quoi consistent des directives adéquates en matière d'ivresse avancée. 47

Dans *Robinson*, la Cour a statué que, lorsqu'est remplie la condition préalable à son obligation de donner des directives sur la défense d'intoxication, le juge du procès « doit alors indiquer clairement au jury que la question à trancher est de savoir si le ministère public l'a convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention requise. Dans une affaire de meurtre, il s'agit de savoir si l'accusé avait l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles, en prévoyant que la mort s'ensuivrait probablement » (par. 48). La Cour y a également indiqué que le modèle de directives proposé dans *Canute*, p. 419, est celui qu'elle préconise en règle générale (voir par. 49). Il peut être éclairant de se reporter à ce modèle : 48

[TRADUCTION] L'effet d'intoxication qu'engendrent l'alcool et les drogues est bien connu. L'intoxication qui a fait perdre ses inhibitions à une personne et l'a poussée à agir autrement que si elle avait été sobre ne peut servir d'excuse à un crime perpétré alors qu'elle était dans cet état, si elle avait l'intention requise pour commettre le crime. L'intention formée par une personne ivre n'en demeure pas moins une intention.

The offence of [Here describe the specific intent offence charged.] is not committed if the accused lacked the intent [Here describe the specific intent required to constitute the offence charged.]. The Crown is required to prove that intent beyond a reasonable doubt. In considering whether the Crown has proved beyond a reasonable doubt that the accused had the required intent, you should take into account his/her consumption of alcohol or drugs along with the other facts which throw light on his/her intent at the time the offence was allegedly committed.

[Here it would, as a general rule, be desirable for the judge to refer to the evidence as to the consumption of alcohol or drugs and to the other facts which throw light on the accused's intention at the relevant time.]

If, after taking into account the evidence of the accused's consumption of alcohol or drugs, along with the other facts which throw light on the accused's intent, you are left with a reasonable doubt whether the accused had the required intent, you must acquit him/her of [Here state the specific intent offence charged.] and return a verdict of guilty of [Here state the included general intent offence.]. If, on the other hand, notwithstanding the evidence of his/her consumption of alcohol or drugs, you are satisfied beyond a reasonable doubt that at the time he/she [Here describe the acts of the accused which form the *actus reus* of the offence charged.], he/she had the intent to [Here describe the intent required to constitute the offence charged.], then it is your duty to return a verdict of guilty as charged.

49 While this Court endorsed the *Canute*-type charge as that which should generally be given, it left the door open for trial judges to instruct along the lines of the model charge set out in *MacKinlay*, at pp. 321-22. The essential difference between the *Canute*- and *MacKinlay*-type charges is that the later makes an explicit distinction between findings on capacity and findings of actual intent. In the *MacKinlay*-type charge, the jury is told that if it entertains a reasonable doubt whether the accused by reason of intoxication had the capacity to form the necessary intent, then the necessary intent has not been proven. The trial judge must then go on to say that, even if they are satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had the capacity to form the necessary intent, they must then go on to consider whether, taking into account the consumption of liquor and the other facts, the prosecution

L'accusé n'a pas commis l'infraction [décrire l'infraction d'intention spécifique en cause] s'il n'avait pas l'intention nécessaire pour la commettre [décrire l'intention spécifique requise pour commettre l'infraction en cause]. Le ministère public doit prouver cette intention hors de tout doute raisonnable. Pour déterminer si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention requise, vous devriez prendre en considération sa consommation d'alcool ou de drogue, de même que les autres faits qui révèlent quelle était son intention au moment où l'infraction aurait été commise.

[Règle générale, il serait souhaitable que le juge mentionne ici la preuve relative à la consommation d'alcool ou de drogue et les autres faits révélateurs de l'intention de l'accusé au moment pertinent.]

Si, après avoir pris en considération la preuve de sa consommation d'alcool ou de drogue et les autres faits qui révèlent quelle était son intention, vous avez un doute raisonnable sur la question de savoir si l'accusé avait l'intention requise, vous devez l'acquitter de [décrire l'infraction d'intention spécifique reprochée] et le déclarer coupable de [décrire l'infraction incluse d'intention générale]. Par contre, si, en dépit de la preuve de sa consommation d'alcool ou de drogue, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable qu'au moment où l'accusé a [décrire les actes formant l'*actus reus* de l'infraction reprochée], il avait l'intention de [décrire l'intention requise pour commettre l'infraction reprochée], vous devez le déclarer coupable de l'infraction dont il est accusé.

Bien qu'elle ait statué que le juge du procès devrait généralement utiliser le modèle d'exposé décrit dans *Canute*, la Cour n'a pas écarté la possibilité qu'il formule ses directives selon le modèle proposé dans *MacKinlay*, p. 321-322. La différence entre ces deux modèles tient essentiellement à ce que l'exposé de type *MacKinlay* établit expressément une distinction entre les conclusions relatives à la capacité et les conclusions relatives à l'intention véritable. Suivant ce modèle, on explique au jury que, s'il doute raisonnablement que l'accusé ait eu la capacité de former l'intention nécessaire, en raison de son intoxication, l'existence de l'intention nécessaire n'est pas établie. Le juge doit alors poursuivre son exposé en indiquant au jury que, même s'il est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait la capacité de former l'intention nécessaire, il doit se demander si, compte

has satisfied them beyond a reasonable doubt that the accused in fact had the requisite intent. On the other hand, the *Canute* model charge focuses only on the issue of whether the accused possessed actual intent and omits any references to capacity. Otherwise, the charges are identical. In fact, in formulating the model charge in *Canute*, Wood J.A. simply adopted the model suggested by Martin J.A. in *MacKinlay*, removing all references to capacity: "[W]hen the issue of intoxication does arise on the evidence, it would seem to me to be difficult to find a better jury instruction than that suggested by Martin J.A. at pp. 321-2 of the report in *MacKinlay*, with all the references to capacity and any language supporting such references removed" (p. 419).

tenu de la consommation de spiritueux et des autres faits, le ministère public l'a convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait en fait l'intention requise. En revanche, le modèle proposé dans *Canute* porte exclusivement sur l'existence de l'intention véritable, sans mention de la capacité. Mis à part cette différence, les deux modèles sont identiques. De fait, pour formuler le modèle *Canute*, le juge Wood a simplement adopté le modèle proposé par le juge Martin dans *MacKinlay*, en y supprimant toutes les mentions de la capacité et tous les mots y faisant allusion : [TRADUCTION] « [L]orsque la preuve soulève la question de l'intoxication, il me semble difficile de trouver meilleur exposé au jury que celui proposé par le juge Martin aux p. 321-322 de *MacKinlay*, dans la mesure où l'on en retire toutes les mentions de la capacité et tous les mots y faisant allusion » (p. 419).

The *Canute*-type charge underwent one further modification in *R. v. Seymour*, [1996] 2 S.C.R. 252. There, this Court held that while it is necessary for trial judges to instruct on the common sense inference for specific intent offences, where there is evidence of intoxication, there must be a direct link drawn between the effect of intoxication and the common sense inference:

L'arrêt *R. c. Seymour*, [1996] 2 R.C.S. 252, a apporté un changement supplémentaire aux directives de type *Canute*. La Cour y a précisé que, si le juge du procès doit expliquer au jury la déduction conforme au bon sens relativement aux infractions d'intention spécifique, il doit aussi, en présence d'une preuve d'intoxication, établir un lien direct entre l'effet de l'intoxication et la déduction conforme au bon sens : 50

> When charging with respect to an offence which requires proof of a specific intent it will always be necessary to explain that, in determining the accused's state of mind at the time the offence was committed, jurors may draw the inference that sane and sober persons intend the natural and probable consequences of their actions. Common sense dictates that people are usually able to foresee the consequences of their actions. Therefore, if a person acts in a manner which is likely to produce a certain result it generally will be reasonable to infer that the person foresaw the probable consequences of the act. In other words, if a person acted so as to produce certain predictable consequences, it may be inferred that the person intended those consequences.
>
> . . .
>
> However, different considerations will apply where there is evidence that the accused was intoxicated at

> Lorsque l'on donne au jury des directives sur une infraction exigeant la preuve de l'existence d'une intention spécifique, il sera toujours nécessaire d'expliquer que, pour déterminer l'état d'esprit de l'accusé au moment de l'infraction, les jurés peuvent déduire que les personnes saines et sobres veulent les conséquences naturelles et probables de leurs actes. Le bon sens veut que les personnes soient habituellement capables de prévoir les conséquences de leurs actes. Par conséquent, si une personne agit d'une façon qui est susceptible de produire un certain résultat, il sera généralement raisonnable de déduire que celle-ci a prévu les conséquences probables de son acte. En d'autres termes, si une personne a agi de manière à produire certaines conséquences, on peut en déduire que cette personne a voulu ces conséquences.
>
> . . .
>
> Toutefois, des considérations différentes s'appliquent en présence d'une preuve que l'accusé était intoxiqué

the time of the offence. The common sense inference as to intention, which may be drawn from actions of the accused, is simply a method used to determine the accused's actual intent. That same common sense makes it readily apparent that evidence of intoxication will be a relevant factor in any consideration of that inference. It follows that the jury must be instructed to take into account the evidence of the accused's consumption of alcohol or drugs, along with all the other evidence which is relevant to the accused's intent, in determining whether, in all the circumstances, it would be appropriate to draw the permissible inference that the accused intended the natural consequences of his actions.

. . .

It is common knowledge that a significant degree of intoxication may affect a person's state of mind and thus the ability to foresee the consequences of actions. It is, therefore, essential for a trial judge to link the instructions given pertaining to intoxication to those relating to the common sense inference so that the jury is specifically instructed that evidence of intoxication may rebut that inference. See *Robinson*, at para. 65. A trial judge is obliged to ensure that the jury understands two important conditions: (1) the reasonable common sense inference may be drawn only after an assessment of all of the evidence, including the evidence of intoxication; and (2) the inference cannot be applied if the jury is left with a reasonable doubt about the accused's intention. [Emphasis deleted; paras. 19, 21 and 23.]

51 Finally, there has been some discussion in the lower courts on whether in cases involving a defence of intoxication to homicide under s. 229(*a*)(ii) of the *Criminal Code* the trial judge should link the effect of intoxication to the ability to foresee the consequences of one's actions. This is because in murder as defined in s. 229(*a*)(ii), the mental element the Crown must prove includes elements of intention and subjective foresight. The recommendation that the trial judge should instruct on the link between intoxication and foreseeability was offered by Martin J.A., in *MacKinlay*, in 1986, at p. 322:

The state of mind required under s. 212(*a*)(ii) involves an ability on the part of the accused to measure or foresee the consequences of his act: *McAskill*

au moment de l'infraction. La déduction conforme au bon sens quant à l'intention, qui peut être faite à partir des actes de l'accusé, n'est qu'un moyen de déterminer l'intention véritable de l'accusé. Il est évident, selon le même bon sens, que la preuve d'intoxication constitue un facteur pertinent dans tout examen de cette déduction. Il s'ensuit que le jury doit être invité à tenir compte de la preuve de la consommation d'alcool ou de drogue par l'accusé de même que des autres éléments de preuve qui sont pertinents relativement à l'intention de l'accusé, pour déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances, il conviendrait de faire la déduction acceptable que l'accusé a voulu les conséquences naturelles de ses actes.

. . .

Il est notoire qu'un degré avancé d'intoxication peut avoir un effet sur l'état d'esprit d'une personne et, partant, sur sa capacité de prévoir les conséquences de ses actes. Il est donc essentiel que le juge du procès établisse un lien entre les directives visant l'intoxication et celles portant sur la déduction conforme au bon sens, de manière à informer expressément le jury que la preuve d'intoxication peut réfuter cette déduction. Voir l'arrêt *Robinson*, au par. 65. Le juge du procès doit s'assurer que le jury comprend deux conditions importantes : (1) la déduction conforme au bon sens ne peut être faite qu'après l'appréciation de toute la preuve, y compris celle de l'intoxication, et (2) la déduction ne peut s'appliquer si le jury conserve un doute raisonnable quant à l'intention de l'accusé. [Soulignement omis; par. 19, 21 et 23.]

Enfin, les tribunaux d'instance inférieure ont abordé la question de savoir si le juge du procès devrait établir un lien entre l'effet de l'intoxication et la capacité de prévoir les conséquences de ses actes, dans un procès où l'accusé invoque l'intoxication à l'encontre d'une accusation d'homicide fondée sur le sous-al. 229*a*)(ii) du *Code criminel*. La question se pose du fait que l'élément moral dont le ministère public doit alors faire la preuve comprend des éléments d'intention et de prévision subjective. C'est le juge Martin qui a recommandé, en 1986, dans *MacKinlay*, que le juge du procès fasse le lien entre l'intoxication et la capacité de prévision dans ses directives au jury (p. 322) :

[TRADUCTION] L'état d'esprit requis par le sous-al. 212*a*)(ii) comporte la capacité de l'accusé d'apprécier ou de prévoir les conséquences de ses actes : *McAskill*

v. The King, [[1931] S.C.R. 330, at p. 334]. Where the Crown on a charge of murder relies on the intent under s. 212(*a*)(ii) of the *Code*, it would be helpful to remind the jury that the state of mind required by this subsection involves a knowledge by the accused of the "likely" consequences of his act and the jury should consider the effect of intoxication along with the other facts in deciding whether the accused intended to inflict an injury on the victim which he knew was likely to cause death or whether intoxication affected his ability to foresee the consequences of his actions. [Emphasis deleted.]

c. The King, [[1931] R.C.S. 330, p. 334]. Lorsque l'accusation de meurtre portée par le ministère public est fondée sur l'intention décrite au sous-al. 212*a*)(ii) du *Code*, il serait utile de rappeler au jury que cette disposition exige chez l'accusé un état d'esprit comportant la connaissance que ses actes sont « de nature à » causer la mort et que le jury doit prendre en compte les effets de l'intoxication ainsi que les autres faits pour décider si l'accusé avait l'intention de causer à la victime des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer sa mort ou si l'intoxication avait altéré sa capacité de prévoir les conséquences de ses actes. [Italique omis.]

More recent cases have gone so far as to find that a non-direction on the link between foreseeability and intoxication will constitute a reversible error: see *R. v. Berrigan* (1998), 127 C.C.C. (3d) 120 (B.C.C.A.), at paras. 13-14, and *R. v. Hannon* (2001), 159 C.C.C. (3d) 86, 2001 BCCA 566. In the latter case it was held that "where a central realistic issue was whether the accused was intoxicated such that he knew it was likely that the bodily harm would cause death, a clear and specific linkage in the charge was required" (para. 9). These cases rely on the following passage in *Seymour* to ground their finding of a mandatory duty to link intoxication and foreseeability:

52 Des décisions plus récentes vont jusqu'à conclure que l'absence de directives sur le lien entre la prévisibilité et l'intoxication constitue une erreur justifiant annulation : voir *R. c. Berrigan* (1998), 127 C.C.C. (3d) 120 (C.A.C.-B.), par. 13-14, et *R. c. Hannon* (2001), 159 C.C.C. (3d) 86, 2001 BCCA 566. Dans ce dernier cas, la Cour d'appel a statué que [TRADUCTION] « lorsque, de façon réaliste, une question fondamentale consiste à déterminer si l'intoxication de l'accusé lui permettait de savoir que les lésions corporelles étaient de nature à causer la mort, il faut établir explicitement et clairement un lien dans l'exposé au jury » (par. 9). Pour fonder leur conclusion qu'il est obligatoire de faire le lien entre l'intoxication et la prévisibilité, ces décisions s'appuient sur le passage suivant de *Seymour* :

> One of the effects of severe intoxication is an inability to foresee the consequences of one's actions, much less intend them. It was for this reason that the Ontario Court of Appeal in *MacKinlay, supra*, at p. 322, held that the state of mind required to commit the crime described in s. 229(*a*)(ii) involves an ability on the part of the accused to measure or foresee the consequences of his act and that, therefore, the jury should consider whether intoxication affected his ability to have the required foresight. [para. 22]

> L'un des effets de l'intoxication grave est l'incapacité de prévoir, et encore moins de vouloir, les conséquences de ses actes. C'est pour cette raison que la Cour d'appel de l'Ontario a, dans l'arrêt *MacKinlay*, précité, à la p. 322, conclu que l'état d'esprit requis pour commettre le crime décrit au sous-al. 229*a*)(ii) comporte la capacité de l'accusé d'évaluer ou de prévoir les conséquences de ses actes et que, par conséquent, le jury devrait se demander si l'intoxication a eu une incidence sur cette capacité. [par. 22]

While I agree that the inquiry under s. 229(*a*)(ii) is whether the accused possessed the ability to foresee the consequences of his action and the main determination in cases involving a defence of intoxication to a second degree murder charge will be whether the accused's degree of intoxication affected this ability, and that it is very important for the jury to understand this, I do not think this Court's jurisprudence goes so far to require that a particular phrase expressly making this link

53 Je conviens que, pour l'application du sous-al. 229*a*)(ii), il faut déterminer si l'accusé avait la capacité de prévoir les conséquences de ses actes, que la principale question à trancher dans les cas où l'accusé présente une défense d'intoxication contre une accusation de meurtre au deuxième degré est de savoir si son degré d'intoxication a eu des effets sur cette capacité et qu'il est très important que le jury comprenne cet enjeu. Toutefois, je ne crois pas que la jurisprudence de la Cour aille jusqu'à exiger

be included in the charge, the absence of which leads to reversible error. As discussed above, appellate courts must consider whether the charge, as a whole, conveyed the necessary instruction to the jury, not whether particular words or a particular sequence was followed. In this respect, I approve the functional approach that was taken to the issue of linking of foreseeability and intoxication in *R. v. Simpson* (1999), 125 B.C.A.C. 44, 1999 BCCA 310, at para. 38:

> On the fifth ground of appeal, the appellant argues that no instruction was given to the jury on the issue of the foreseeability of the probable consequences of the appellant's actions due to intoxication. That submission cannot be sustained, for the trial judge did, in fact, give such an instruction. He said:
>
> > In this trial there is evidence, if you accept it, that the accused consumed a quantity of alcohol before the killing. You should know that, in order to justify a verdict of second degree murder, the Crown must, as I have said over and over, prove beyond a reasonable doubt that the accused intended to cause bodily harm and was reckless whether death ensued or not, but that despite his consumption of alcohol he knew what he was doing was likely to cause death. [Emphasis deleted.]

5.1.3 Relating Evidence to the Issues

5.1.3.1 *General Duty*

54 One of the classic statements describing the trial judge's duty to review the evidence in the charge to the jury is found in this Court's decision in *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495, at pp. 497-98, *per* Taschereau J.:

> The rule which has been laid down, and consistently followed is that in a jury trial the presiding judge must, except in rare cases where it would be needless to do so, review the substantial parts of the evidence, and give the jury the theory of the defence, so that they may appreciate the value and effect of that evidence, and how the law is to be applied to the facts as they find them. [Emphasis added.]

qu'une formulation particulière établissant expressément ce lien soit incluse dans les directives au jury, sous peine d'annulation pour erreur. Comme je l'ai déjà indiqué, les tribunaux d'appel doivent vérifier si l'exposé, dans son ensemble, donne les directives nécessaires au jury, et non si des mots précis ont été prononcés ou si un ordre donné a été suivi. Sur ce point, j'approuve la méthode fonctionnelle adoptée dans *R. c. Simpson* (1999), 125 B.C.A.C. 44, 1999 BCCA 310, par. 38, concernant l'établissement d'un lien entre la prévisibilité et l'intoxication :

> [TRADUCTION] Comme cinquième moyen d'appel, l'appelant fait valoir que le jury n'a reçu aucune directive sur la prévisibilité des conséquences probables des actes de l'appelant en raison de son intoxication. Cet argument ne peut être retenu car le juge du procès a bel et bien donné une telle directive au jury. Voici ce qu'il a dit :
>
> > En l'espèce, des éléments de preuve, si vous les acceptez, indiquent que l'accusé a consommé de l'alcool avant le meurtre. Vous devez savoir que, pour qu'un accusé soit reconnu coupable de meurtre au deuxième degré, le ministère public doit, comme je vous l'ai signalé maintes et maintes fois, prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention d'infliger des lésions corporelles et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non, mais aussi, qu'en dépit de sa consommation d'alcool, il savait que ce qu'il faisait était de nature à causer la mort. [Soulignement omis.]

5.1.3 Établissement d'un lien entre la preuve et les questions à trancher

5.1.3.1 *Obligation générale*

Un des énoncés classiques de l'obligation du juge du procès de récapituler la preuve dans son exposé au jury figure dans un l'arrêt de notre Cour, *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495, p. 497-498, dont les motifs ont été rédigés par le juge Taschereau :

> [TRADUCTION] La règle qui a été établie et constamment suivie veut que, dans un procès devant jury, le juge qui préside l'audience doive, sauf dans les rares cas où il serait inutile de le faire, passer en revue les parties essentielles de la preuve et exposer au jury la thèse de la défense, afin de lui permettre d'apprécier la valeur et l'incidence de cette preuve, et la façon d'appliquer le droit aux faits constatés. [Je souligne.]

This statement, however, must be understood in the context of that particular case. There, the trial judge had not reviewed the evidence at all. He simply indicated that both counsel had elaborated on this matter sufficiently. A majority of this Court found the charge inadequate because it left the whole of the evidence for the jury in bulk for evaluation.

Azoulay does not stand for the proposition that *all* facts upon which the defence relies must be reviewed by the judge in the charge. Indeed, Taschereau J. qualified the above-quoted statement a few lines later: "The pivotal questions upon which the defence stands must be clearly presented to the jury's mind. Of course, it is not necessary that the trial judge should review all the facts, and that his charge be a minute record of the evidence adduced . . ." (p. 498 (emphasis added)). Moreover, in later decisions, this Court adopted the reasoning of the Court of Appeal in *R. v. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417 (Ont. C.A.), at p. 436, aff'd on other grounds, [1978] 1 S.C.R. 538, to the effect that non-direction on a matter of evidence constitutes a reversible error *only* where the single item of evidence in question is the foundation of the defence: see *Young v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 39, at p. 56, and *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336, at p. 344 (*per* Dickson J.). Trial judges are not required to relate witness testimony that is only peripheral to the main issues in the case: see *Thériault*, at p. 342.

Thus, it is not the case that the trial judges must undertake an exhaustive review of the evidence. Such a review may in some cases serve to confuse a jury as to the central issue. Brevity in the jury charge is desired. Consider the following comment by Proulx J.A. in *R. v. Girard* (1996), 109 C.C.C. (3d) 545 (Que. C.A.), at p. 567:

[TRANSLATION] Instead of giving the jury a fastidious and unending review of each piece of evidence, the trial judge would have been better advised to limit himself to the evidence which the jury had to consider in resolving the live issues.

. . .

Cependant, il importe de replacer cet énoncé dans son contexte. En effet, dans cette affaire, le juge du procès n'avait fait aucune récapitulation de la preuve, se contentant d'indiquer que les avocats en avaient assez parlé. Les juges majoritaires de notre Cour ont conclu que cet exposé était insuffisant parce que l'ensemble de la preuve était laissé en vrac à l'appréciation du jury.

55 *Azoulay* ne pose pas le principe que le juge doit exposer dans ses directives *tous* les faits allégués en défense. D'ailleurs, le juge Taschereau a nuancé quelques lignes plus loin l'énoncé précité : [TRADUCTION] « Les questions qui sont au centre de la défense doivent être présentées clairement au jury. Certes, il n'est pas nécessaire que le juge du procès passe en revue tous les faits ni que son exposé au jury relate la preuve produite dans les menus détails . . . » (p. 498 (je souligne)). De plus, dans des arrêts subséquents, la Cour a adopté le raisonnement énoncé par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Demeter* (1975), 25 C.C.C. (2d) 417 (C.A. Ont.), p. 436, confirmé pour d'autres motifs par [1978] 1 R.C.S. 538, selon lequel l'absence de directive sur une question de preuve *ne* constitue une erreur justifiant annulation *que* si la défense est fondée sur ce seul élément de preuve : voir *Young c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 39, p. 56, et *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336, p. 344 (le juge Dickson). Le juge du procès n'est pas tenu de faire état de témoignages qui ne se rapportent qu'accessoirement aux questions principales : voir *Thériault*, p. 342.

56 Ainsi, le juge du procès n'est pas tenu de procéder à une revue exhaustive de la preuve. Dans certains cas, cela pourrait d'ailleurs embrouiller les jurés relativement à la question fondamentale. Il est souhaitable que l'exposé au jury soit concis. À cet égard, on peut se reporter au commentaire suivant du juge Proulx dans *R. c. Girard*, [1996] R.J.Q. 1585 (C.A.), p. 1598 :

Au lieu de livrer au jury un résumé fastidieux et sans fin de chaque élément de preuve, le premier juge aurait été bien avisé de se limiter aux éléments de preuve dont le jury doit tenir compte pour trancher les questions en litige.

. . .

Nothing requires a judge to set out in detail the whole of the evidence. This is what Dickson C.J.C., then Chief Justice of Canada, said in *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652 . . . . What is essential, as was mentioned in *Cooper*, *supra*, is setting out the position of the Crown and defence, the legal issues involved and the evidence that may be applied in resolving the legal issues and ultimately in determining the guilt or innocence of the accused.

It is therefore unhelpful to review all of the evidence.

57 The extent to which the evidence must be reviewed "will depend on each particular case. The test is one of fairness. The accused is entitled to a fair trial and to make full answer and defence. So long as the evidence is put to the jury in a manner that will allow it to fully appreciate the issues and the defence presented, the charge will be adequate": see Granger, at p. 249. The duty of the trial judge was succinctly put by Scott C.J.M. in *R. v. Jack* (1993), 88 Man. R. (2d) 93 (C.A.), aff'd [1994] 2 S.C.R. 310: "the task of the trial judge is to explain the critical evidence and the law and relate them to the essential issues in plain, understandable language" (para. 39).

58 Finally, it should be recalled that the charge to the jury takes place not in isolation, but in the context of the trial as a whole. Appellate review of the trial judge's charge will encompass the addresses of counsel as they may fill gaps left in the charge: see Der, at p. 14-26. Furthermore, it is expected of counsel that they will assist the trial judge and identify what in their opinion is problematic with the judge's instructions to the jury. While not decisive, failure of counsel to object is a factor in appellate review. The failure to register a complaint about the aspect of the charge that later becomes the ground for the appeal may be indicative of the seriousness of the alleged violation. See *Jacquard*, at para. 38: "In my opinion, defence counsel's failure to object to the charge says something about both the overall accuracy of the jury instructions and the seriousness of the alleged misdirection."

Rien n'oblige un juge à exposer en détail l'ensemble de la preuve : c'est ce que rappelait le juge en chef du Canada d'alors, le juge Dickson, dans *R. c. Thatcher*, (1987) 1 R.C.S. 652. Ce qui est essentiel, comme cela fut rappelé dans l'arrêt *Cooper*, consiste à exposer la position du ministère public et de la défense, les questions juridiques qui sont soulevées et les éléments de preuve qui peuvent être appliqués pour trancher les questions juridiques et, en fin de compte, pour déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé.

Il est donc inutile de résumer la totalité de la preuve.

L'étendue de la récapitulation de la preuve [TRADUCTION] « variera en fonction des cas, et le critère à appliquer est celui de l'équité. L'accusé a droit à un procès équitable et à une défense pleine et entière. Dans la mesure où l'exposé présente la preuve d'une façon qui permette au jury de bien comprendre les questions à trancher et la défense soumise, il est adéquat » : voir Granger, p. 249. Dans *R. c. Jack* (1993), 88 Man. R. (2d) 93 (C.A.), conf. par [1994] 2 R.C.S. 310, le juge en chef Scott a décrit succinctement l'obligation du juge du procès qui : [TRADUCTION] « consiste à expliquer les éléments de preuve déterminants ainsi que les règles de droit et à les rattacher aux questions fondamentales en des termes simples et intelligibles » (par. 39).

Enfin, il faut se souvenir que l'exposé au jury ne constitue pas une étape isolée; il s'inscrit dans le déroulement général du procès. L'examen en appel de l'exposé au jury portera aussi sur les plaidoiries des avocats qui pourraient en combler les lacunes : voir Der, p. 14-26. En outre, on attend des avocats qu'ils assistent le juge du procès, en relevant les aspects des directives au jury qu'ils estiment problématiques. Bien qu'elle ne soit pas déterminante, l'omission d'un avocat de formuler une objection est prise en compte en appel. L'absence de plainte contre l'aspect de l'exposé invoqué plus tard comme moyen d'appel peut être significative quant à la gravité de l'irrégularité reprochée. Voir *Jacquard*, par. 38 : « À mon avis, l'omission de l'avocat de la défense de s'opposer à l'exposé est révélatrice quant à la justesse générale des directives au jury et à la gravité de la directive qui serait erronée. »

5.1.3.2 *Expert Evidence*

Expert testimony is commonplace in the Canadian criminal trial. Often, expert testimony is delivered in highly technical and complex language. The difficulty for the trial judge is: "How can this evidence be communicated to the jury?" If counsel has not elicited an explanation, germane to a central issue in the case, in plain, understandable language, should the trial judge embark upon the task of trying to interpret this evidence in his charge? In *Thériault*, at p. 342, this Court held that it is neither necessary nor, indeed, advisable for the trial judge to explain the testimony of experts or technical evidence.

The case involved an accused charged before judge and jury and convicted of first degree murder. His appeal was dismissed by the Quebec Court of Appeal, Kaufman J.A. dissenting on the ground that the trial judge should have explained the expert testimony in terms which were more comprehensible than those employed by the expert witnesses. This Court was unanimous in the view that the trial judge was not required to interpret this evidence for the jury. Dickson J., for eight members of the Court, was of the view that the risks inherent in interpreting expert evidence outweigh the benefits of such an undertaking:

[T]here is no obligation on the trial judge to interpret the testimony of experts. Mr. Justice Kaufman speaks of the risk of "losing precision". Equally grave is the danger of error in translating technical language into common and everyday vernacular. If the testimony is highly technical counsel who has called the expert witness should ask the witness to explain himself in language the layman can understand. The judge may, in his discretion, decide that some simplification is desirable but failure on his part to undertake this difficult and potentially hazardous task is not, in my view, reversible error. [p. 342]

Lamer J. (dissenting on other grounds), echoed the sentiment, at p. 358:

5.1.3.2 *Témoignage d'expert*

59 Au Canada, les témoignages d'experts sont monnaie courante dans les procès criminels et sont souvent donnés dans un langage très technique et complexe. La difficulté pour le juge du procès est la suivante : Comment cette preuve peut-elle être communiquée au jury? Si l'avocat n'a pas obtenu une explication formulée en termes simples et intelligibles sur un point se rapportant à une question fondamentale, le juge du procès doit-il essayer d'interpréter le témoignage dans ses directives au jury? Dans *Thériault*, p. 342, la Cour a statué qu'il n'est ni nécessaire, ni même souhaitable, que le juge du procès explique un témoignage d'expert ou une preuve technique.

60 Dans cette affaire, l'accusé avait été déclaré coupable de meurtre au premier degré à l'issue d'un procès tenu devant un juge et un jury. La Cour d'appel du Québec avait rejeté son appel, mais le juge Kaufman avait formulé une opinion dissidente, estimant que le juge du procès aurait dû expliquer les témoignages d'experts en des termes plus compréhensibles que ceux qu'avaient employés les témoins. La Cour a unanimement conclu que le juge du procès n'était pas tenu d'interpréter ces témoignages pour le jury. S'exprimant au nom de huit membres de la Cour, le juge Dickson a déclaré que les risques inhérents à l'interprétation d'un témoignage d'expert l'emportent sur les bénéfices :

[L]e juge du procès n'est pas tenu d'interpréter la déposition des experts. Le juge Kaufman parle du risque [TRADUCTION] « d'être moins précis ». Tout aussi grave est le danger d'erreur dans la transposition du langage technique en langage de tous les jours. Si la déposition est de nature très technique, l'avocat qui a cité le témoin expert devrait lui demander de s'expliquer en des termes que le profane peut comprendre. Le juge peut décider, à sa discrétion, qu'il est souhaitable de simplifier un peu les explications; mais son omission d'entreprendre cette tâche difficile et potentiellement périlleuse ne constitue pas, à mon avis, une erreur donnant lieu à la cassation. [p. 342]

Le juge Lamer (dissident sur d'autres points) a exprimé la même opinion à la p. 358 :

[A] judge is not obliged to simplify the testimony of an expert witness. He may, as may counsel, ask the witness to do so. The judge may do so in his charge to the jury, but if so he must warn them that his interpretation of the meaning and purport of what the witness has said is only an opinion and that, in the final analysis, it is up to them and no one else, including the judge, to draw their own conclusions as to what the witness meant. Here, the judge used the passages from the testimony which were most readily comprehensible. In my view, he cannot be said to have failed to simplify, let alone be required to do so, beyond what the witnesses stated.

61 The primary reservation appellate courts have with regards to imposing an obligation on trial judges to interpret expert evidence is the fear that this would be a direct encroachment on the province of the jury as the ultimate arbiter of the facts. It is a long-held principle of our criminal justice system that it is the role of the jury to draw inferences from the evidence and that this is a sphere trial judges should enter with extreme caution, if at all. See *R. v. Collins* (1907), 38 N.B.R. 218 (S.C.), at p. 222, *per* Hanington J.:

Under the principles of our criminal jurisdiction the jurors alone are the judges of the facts, and find whether they are true or not. They alone are from those facts . . . to draw their inference and conclusion, and I think it is clearly an error that a trial judge should tell a jury not only the inference they must draw, but that there is no doubt as to any important fact or inference from that fact. The question of doubt is with them. [Emphasis added.]

62 One problem with drawing inferences from expert testimony is that it can leave the jury with the impression that they are required to accept this interpretation. A review of expert testimony should not be presented to the jury in a way that removes the determination of facts from their consideration: see *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149, at p. 1171. Thus, it is not advisable for the trial judge to wade into the waters of interpreting expert testimony. If he chooses to do so, he must exercise great care to impress upon the jury that his interpretation is only an opinion which they may either accept or reject.

[U]n juge n'est pas obligé de vulgariser ce qu'un expert a dit. Il lui est loisible comme il l'est aux avocats d'inviter le témoin à le faire. Le juge peut le faire lorsqu'il s'adresse aux jurés, mais il lui faut alors les avertir que son interprétation quant au sens et la portée de ce que le témoin a dit n'est qu'une opinion et qu'il leur revient, en fin de compte, à l'exclusion de tous autres, y compris le juge lui-même, de tirer leurs propres conclusions sur ce qu'a voulu dire le témoin. Ici le juge s'est servi des passages des témoignages les plus faciles à comprendre. On ne peut à mon avis lui faire le reproche de n'avoir pas vulgarisé, encore moins l'obliger à le faire, au delà de ce que les témoins ont dit.

Les tribunaux d'appel hésitent à imposer au juge du procès l'obligation d'interpréter un témoignage d'expert, surtout parce qu'ils craignent un empiétement direct sur la fonction d'arbitre des faits qui relève du jury. C'est un principe reconnu de longue date dans notre système de justice criminelle que c'est au jury qu'il appartient de tirer des conclusions à partir de la preuve et que les juges ne doivent pas se hasarder à intervenir dans cette fonction, si ce n'est avec la plus grande circonspection. Ainsi, dans *R. c. Collins* (1907), 38 N.B.R. 218 (C.S.), le juge Hanington a écrit à la p. 222 :

[TRADUCTION] Suivant les principes de notre droit criminel, les jurés sont seuls juges des faits et en déterminent la véracité. Eux seuls peuvent en tirer des déductions et conclusions [. . .] et, à mon avis, le juge qui indiquerait à un jury non seulement ce qu'il doit déduire des faits mais également qu'un fait important ou une déduction en découlant ne suscite aucun doute commettrait indiscutablement une erreur. La question du doute appartient au jury. [Je souligne.]

L'interprétation du témoignage d'expert par le juge du procès pose problème, notamment parce que le jury peut avoir l'impression qu'il est tenu d'accepter cette interprétation. La façon dont le juge récapitule un témoignage d'expert ne doit pas avoir pour effet de retirer aux jurés la question de fait qu'il leur appartient de trancher : voir *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149, p. 1171. C'est pourquoi il n'est pas souhaitable que le juge du procès se hasarde à interpréter le témoignage d'un expert. S'il décide de le faire, il doit s'assurer de faire comprendre aux jurés que son interprétation n'est qu'une opinion qu'ils peuvent accepter ou rejeter.

5.2 *Application of Principles to the Present Case*

5.2.1 Whether the Trial Judge Failed to Present the Issue Properly

It is clear that Kyle J. was following the *Canute* model charge, with the further addition of the modified instruction on the common sense inference suggested in *Seymour*. More specifically, it appears he was closely following the specimen charge on intoxication set out in *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (see Final 71, at pp. 827-28), which incorporates all the recommendations from this Court's recent cases and even provides further direction on relating the evidence of intoxication to the issue. After identifying that the main issue in the case was whether Wayne Daley had the intent to kill Teanda Manchur, he went on to explain how this would be proven:

> Intoxication that causes a person to cast off restraint and to act in a manner which he would not act if sober is no excuse for committing an offence if he had the state of mind required to commit the offence. Murder is not committed if Wayne Joseph Daley either lacked the intent to kill or the intent to cause bodily harm knowing that it was likely to cause the death of Teanda Manchur.
>
> To prove murder, Crown counsel must prove beyond a reasonable doubt that Wayne Daley had the intent to kill or to cause bodily harm, knowing that it was likely to cause death. To decide whether he had that intent you should take into account the evidence about his consumption of alcohol along with all the rest of the evidence which throws light on his state of mind at the time the offence was allegedly committed. [Emphasis added; A.R., at p. 15.]

He then proceeded to identify the evidence that would assist the jury in assessing whether Mr. Daley had this intent. He next explained the common sense inference and linked this to the evidence of intoxication, as suggested in *Canute*:

> In considering all the evidence, use your common sense. You may conclude, as a matter of common sense,

5.2 *Application des principes à l'espèce*

5.2.1 Le juge du procès a-t-il bien exposé la question à trancher au jury?

63 Le juge Kyle a manifestement utilisé le modèle d'exposé proposé dans *Canute*, en y ajoutant la modification concernant la déduction conforme au bon sens recommandée dans *Seymour*. Plus précisément, il semble qu'il ait suivi de près l'exposé type en matière d'intoxication figurant dans *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (voir Final 71, p. 827-828), qui intègre toutes les recommandations formulées dans la jurisprudence récente de la Cour et fournit même des directives supplémentaires sur la façon de rattacher la preuve d'intoxication à la question à trancher. Le juge a d'abord indiqué que la principale question en l'espèce était de savoir si Wayne Daley avait l'intention de tuer Teanda Manchur. Il a ensuite expliqué comment cela devait être prouvé :

> [TRADUCTION] L'intoxication qui fait perdre ses inhibitions à une personne et la pousse à agir autrement que si elle était sobre ne peut lui servir d'excuse à une infraction si elle avait l'état d'esprit requis pour commettre l'infraction. Si Wayne Joseph Daley n'avait ni l'intention de tuer Teanda Manchur, ni l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer sa mort, il n'a pas commis de meurtre.
>
> Pour prouver l'infraction de meurtre, le ministère public doit démontrer hors de tout doute raisonnable que Wayne Daley avait l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer la mort. Pour déterminer s'il avait cette intention, vous devez prendre en considération la preuve de sa consommation d'alcool, de même que les autres éléments de preuve qui révèlent quel était son état d'esprit au moment où l'infraction aurait été commise. [Je souligne; d.a., p. 15.]

64 Le juge a alors mentionné les éléments de preuve qui pourraient aider le jury à déterminer si M. Daley avait l'intention requise. Puis, il a expliqué ce qu'est la déduction conforme au bon sens et a rattaché cette notion à la preuve d'intoxication, comme le préconise l'arrêt *Canute* :

> [TRADUCTION] En examinant l'ensemble de la preuve, vous devez vous servir de votre bon sens. Vous

that if a sane and sober person acts in a way that has predictable consequences that person usually intends, or means to intend, to cause those consequences. But that is simply one way for you to determine a person's actual state of mind, what he intended to do. It is a conclusion you may only draw, however, after considering all the evidence, including evidence about his consumption of alcohol. It is not a conclusion you must reach. It is for you to say whether you will draw that conclusion, the conclusion that he intended to cause the consequences which were caused. If you have a reasonable doubt about his state of mind you must not conclude that he intended or meant to bring about the predictable consequences of what he did. [Emphasis added; A.R., at pp. 16-17.]

65 Kyle J. then proceeded to identify evidence relevant to the jury's determination of whether to draw the common sense inference or not. After this review, he again instructed the jury on the legal conclusions they could reach after assessing the evidence, as suggested in *Canute* and in *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*:

If you conclude that, regardless of his intent, he did kill Teanda unlawfully then you must find him guilty of manslaughter at a minimum. If you conclude that he had the necessary intent, that is to kill or to cause bodily harm, knowing that it was likely to cause her death, then he is guilty of murder and the issue you must decide is whether the murder is first degree or second degree. [Emphasis added; A.R., at p. 19.]

This constituted the essentials of Kyle J.'s instructions on the issue of intoxication.

66 While most of her dissent was based primarily on perceived failures in Kyle J.'s handling of the evidence of intoxication in the charge, Smith J.A. was of the view that the trial judge failed to adequately instruct the jury on the issue of the effect of intoxication on the appellant's ability to foresee the consequences of his actions in accordance with British Columbia Court of Appeal decision in *Hannon* (see para. 162). I am satisfied, however, that on a functional review of the charge, the jury

pouvez conclure qu'il est conforme au bon sens que, si une personne saine et sobre accomplit des actes dont les conséquences sont prévisibles, elle a habituellement l'intention ou la volonté de produire ces conséquences. Mais ce n'est là qu'une façon de déterminer l'état d'esprit véritable d'une personne, ce qu'elle voulait. Toutefois, vous ne pouvez tirer cette conclusion qu'après avoir examiné toute la preuve, y compris les éléments de preuve relatifs à sa consommation d'alcool. Vous n'êtes pas tenus de tirer cette conclusion. C'est à vous qu'il revient de décider si vous allez tirer ou non cette conclusion, la conclusion qu'il avait l'intention de produire les conséquences qui ont résulté de ses actes. Si vous avez un doute raisonnable à propos de son état d'esprit, vous ne devez pas conclure qu'il avait l'intention de produire les conséquences prévisibles de ce qu'il a fait. [Je souligne; d.a., p. 17.]

Le juge Kyle a ensuite relevé les éléments de preuve pertinents pour que le jury détermine s'il convenait ou non d'appliquer la déduction conforme au bon sens. Puis, comme le recommandent les modèles élaborés dans *Canute* et dans *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*, il a de nouveau donné des directives aux jurés sur les conclusions de droit qu'ils pouvaient tirer après avoir évalué la preuve :

[TRADUCTION] Si vous concluez que, peu importe son intention, il a tué Teanda illégalement, vous devez à tout le moins le déclarer coupable d'homicide involontaire coupable. Si vous concluez qu'il avait l'intention nécessaire, c'est-à-dire l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer la mort de Teanda, il est coupable de meurtre et vous devez alors déterminer s'il s'agit d'un meurtre au premier degré ou d'un meurtre au deuxième degré. [Je souligne; d.a., p. 19.]

Voilà l'essentiel des directives données au jury par le juge Kyle sur la question de l'intoxication.

Bien que sa dissidence ait été principalement fondée sur ce qu'elle considérait comme des lacunes dans l'exposé du juge Kyle concernant la preuve de l'intoxication, la juge Smith y a aussi exprimé l'opinion que le juge n'avait pas donné de directives adéquates au jury au sujet des effets de l'intoxication sur la capacité de l'appelant de prévoir les conséquences de ses actes comme le préconise l'arrêt *Hannon* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (voir par. 162). Cependant, une analyse

properly understood that one of the main questions before them was whether Mr. Daley was so intoxicated that he could not foresee that stabbing Ms. Manchur would result in her death. This was conveyed by Kyle J.'s repeated reference to the state of mind to be proven by the Crown as "the intent to kill or the intent to cause bodily harm knowing that it was likely to cause the death", which he emphasized they could only come to after considering Mr. Daley's consumption of alcohol and the rest of the evidence that threw light on his state of mind. The reference to "knowing that it was likely to cause the death" is but another way to describe foreseeing that the consequences of one's actions will result in death. It is a common phrase that is used to convey the intent required by s. 229(*a*)(ii): see *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions* (4th ed. 2005), Special Direction 4—Second Degree Murder—Intent—Knowledge—Drunkenness, at p. 8.36-11.

fonctionnelle de l'exposé m'a convaincu que le jury comprenait bien que l'une des principales questions qu'il devait trancher était celle de savoir si M. Daley était intoxiqué au point de ne pouvoir prévoir que les coups de couteau portés à M^me^ Manchur entraîneraient sa mort. Le juge Kyle l'a signifié aux jurés en leur mentionnant plus d'une fois que l'état d'esprit dont le ministère public devait faire la preuve était [TRADUCTION] « l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer la mort », et en leur soulignant qu'ils ne pouvaient se prononcer sur cet état d'esprit qu'après avoir pris en compte la consommation d'alcool de M. Daley et les autres éléments de preuve qui révèlent quel était son état d'esprit. L'expression [TRADUCTION] « qu'il savait de nature à causer [l]a mort » n'est qu'une autre façon de dire qu'il pouvait prévoir que ses actes entraîneraient la mort. Ce sont des termes usuels employés pour décrire l'intention requise par le sous-al. 229*a*)(ii) : voir *CRIMJI : Canadian Criminal Jury Instructions* (4^e^ éd. 2005), Special Direction 4—Second Degree Murder—Intent—Knowledge—Drunkenness, p. 8.36-11.

I also believe that the modified instruction on the common sense inference would have further conveyed to the jury that the relevant question was whether intoxication prevented the accused from foreseeing the consequences of his acts. The jury was specifically told that if they had a reasonable doubt about Mr. Daley's state of mind they could not conclude that he intended or meant to bring about the predictable consequences of what he did. 67

Je suis également d'avis que la directive modifiée portant sur la déduction conforme au bon sens devrait aussi avoir contribué à faire comprendre au jury que la question pertinente était celle de savoir si l'intoxication a empêché l'accusé de prévoir les conséquences de ses actes. Le juge a expressément dit aux jurés que s'ils avaient un doute raisonnable à propos de l'état d'esprit de M. Daley, ils ne pouvaient pas conclure qu'il avait l'intention de produire les conséquences prévisibles de ce qu'il a fait.

As discussed earlier, the clear and specific linkage between foreseeability and intoxication mandated by *Hannon* is not necessary so long as the charge as a whole conveyed the need to address the effect of drunkenness on foreseeability. On a functional assessment, I am satisfied that Kyle J.'s instruction did so, as was the majority of the Court of Appeal, at para. 80: 68

Je le répète, il n'est pas nécessaire de faire clairement et expressément le lien entre la capacité de prévoir et l'intoxication comme l'exige l'arrêt *Hannon*, dans la mesure où l'exposé dans son ensemble fait bien comprendre la nécessité de prendre en considération l'effet de l'ivresse sur la capacité de prévoir. Après avoir procédé à l'analyse fonctionnelle des directives du juge Kyle, je suis d'avis, comme la majorité de la Cour d'appel, qu'elles répondent à ce critère :

In my opinion, Kyle J. properly instructed the jury that the level of intoxication was such that it might have impaired the accused's foresight of consequences sufficiently to raise a reasonable doubt. He properly advised the jury that the issue of drunkenness having been raised, as it properly was on the evidence, that the onus was on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the appellant had the requisite intent.

[TRADUCTION] Selon moi, le juge Kyle a indiqué comme il se doit au jury que le degré d'intoxication était tel qu'il pouvait avoir suffisamment atteint la capacité de l'accusé de prévoir les conséquences de ses actes pour soulever un doute raisonnable. Il a averti correctement le jury que, la question de l'ivresse ayant été soulevée, à bon droit compte tenu de la preuve, il incombait au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'appelant avait l'intention requise. [par. 80]

5.2.2 Whether the Trial Judge Gave a One-Sided Summary of the Evidence

5.2.2 Le juge du procès a-t-il fait une revue partiale de la preuve?

69 Kyle J. related the evidence to the jury at various points in his charge. First, after reviewing the duties of the jurors, the presumption of innocence and the onus of proof beyond a reasonable doubt on the Crown, and instructing the jury on how they should assess evidence, he proceeded to provide the jury with an overview of the facts. He prefaced his summary by reminding them:

Le juge Kyle a relaté la preuve à l'intention du jury à divers moments dans son exposé. D'abord, après avoir passé en revue les tâches du jury, la présomption d'innocence, ainsi que le fardeau de la preuve hors de tout doute raisonnable qui incombe au ministère public et après avoir donné des directives au jury sur la façon dont il devait apprécier la preuve, le juge a récapitulé les faits. En guise de préambule, il a rappelé ce qui suit aux jurés :

You have heard summaries of facts from counsel for the Crown and for the Defence. As I told you before, your recollections are the most important but I will attempt to mention those things which, in my opinion, must be in the forefront of your minds as you deliberate. [A.R., at p. 13]

[TRADUCTION] Vous avez entendu le résumé des faits de l'avocat du ministère public et celui de l'avocat de la défense. Comme je vous l'ai déjà dit, le plus important est ce dont vous vous rappelez, mais je tenterai de vous indiquer quels sont les éléments qui, à mon avis, doivent être au centre de vos préoccupations pendant vos délibérations. [d.a., p. 13]

70 His general summary of the evidence was as follows:

Voici le résumé général qu'il a fait de la preuve :

During the night of April 23rd and the morning of April 24th, 2004, Teanda and Wayne joined some acquaintances for a night of visiting, drinking, bowling and drinking. It was a happy evening and people drank too much, especially Wayne who, if you believe Larry Hubick, may have had as much as 49 ounces or the equivalent of 49 ounces of liquor. Now, I find this hard to believe but there is no doubt he became drunk, very drunk, to the point where his driving a motorcycle, normally no problem for him, became almost too much for him. He did, however, drive it and carry on a conversation about the next morning before his last companion left him knocking on the door at 1228 McTavish Street around 5:00 a.m. He called on a neighbour, checked some vehicles and then apparently broke into his house. His neighbours heard him calling abusively to Teanda to let him in. The next morning his sister Elissa came into the house and found Teanda dead on

[TRADUCTION] Dans la soirée du 23 et jusqu'aux petites heures du matin le 24 avril 2004, Teanda et Wayne se sont joints à quelques connaissances pour aller d'un endroit à l'autre, boire, jouer aux quilles et boire encore. L'atmosphère était à la fête et les personnes présentes ont trop bu, en particulier Wayne qui, si vous croyez Larry Hubick, aurait bu jusqu'à 49 onces ou l'équivalent de 49 onces de spiritueux. J'ai peine à le croire, mais il n'y a aucun doute que Wayne était ivre, très ivre, au point où conduire une motocyclette, ce qui ne lui pose habituellement aucun problème, est devenu presque trop difficile pour lui. Il l'a conduite malgré tout et a discuté du lendemain matin avec un ami, juste avant que cet ami ne le quitte vers 5 h, au moment où il cognait à la porte du 1228, rue McTavish. Il a rendu visite à un voisin, a vérifié quelques véhicules et est ensuite entré chez lui, apparemment, par effraction. Ses voisins l'ont entendu injurier Teanda pour qu'elle

the floor of the dining room in circumstances that have been fully described to you. She and her father George, when he came, found Wayne asleep and with great difficulty George awakened him. Police were called [and an] ambulance arrived. The presence of police, ambulance attendants, George and Elissa may have disturbed the scene but it seems they were all careful. The professionals were professional, and we have quite detailed evidence of what they found. There is no evidence of there being anyone in the house other than Teanda and Wayne and as she died violently from a stab wound there is a strong implication that Wayne caused her death and that in so doing he acted unlawfully. The more difficult questions remain, did he intend to kill her. [Emphasis added; A.R., at pp. 13-15.]

le laisse entrer. Le lendemain matin, Elissa, la sœur de Wayne, est entrée dans la maison et a trouvé Teanda sans vie sur le plancher de la salle à manger dans les circonstances qui vous ont été décrites en détail. Elissa et son père George, une fois celui-ci arrivé, ont trouvé Wayne endormi; George a eu beaucoup de mal à le réveiller. Les policiers ont été appelés et une ambulance est arrivée. Il se peut qu'en raison de la présence des policiers, des ambulanciers, de George et d'Elissa, les lieux ne soient pas demeurés intacts, mais ils ont apparemment tous fait attention. Les experts ont agi avec professionnalisme et nous disposons d'une preuve assez détaillée de ce qu'ils ont trouvé. Rien n'indique qu'une autre personne que Teanda et Wayne se soit trouvée dans la maison; la mort violente de Teanda a été causée par un coup de couteau dans des circonstances qui laissent fortement penser que Wayne a causé sa mort et qu'il a alors commis un acte illégal. La question la plus difficile à trancher demeure : avait-il l'intention de la tuer? [Je souligne; d.a., p. 13-15.]

Kyle J.'s second discussion of the evidence occurred when he explained to the jury that they were to determine Mr. Daley's state of mind by considering all the evidence. He identified the evidence in particular that would help in assessing his state of mind:

71 Le juge Kyle a mentionné la preuve une deuxième fois lorsqu'il a expliqué aux jurés qu'ils devaient déterminer l'état d'esprit de M. Daley en tenant compte de l'ensemble de la preuve. Il a indiqué quels éléments en particulier les aideraient à s'acquitter de cette tâche :

You should consider what he did do, how he did it and what he said about it. You should look at Wayne Daley's words and conduct before, at the time and after the event. This will include the evening's activities, his relationship with his friends up to about five o'clock in the morning, all the evidence as to what happened in the course of the next two hours, including photographic evidence, the expert testimony, et cetera. And you should look at his condition when the crime was discovered and the things he said to the police. Evidence about how much alcohol he had consumed over how long has shed some light on his state of mind at the time he allegedly committed the offences charged. All this evidence may help you decide what he meant or did not mean to do. [Emphasis added; A.R., at pp. 15-16.]

[TRADUCTION] Vous devez tenir compte de ce qu'il a fait, de la façon dont il l'a fait et de ce qu'il en a dit. Vous devez aussi examiner les propos et le comportement de Wayne Daley avant, pendant et après l'événement, notamment les activités auxquelles il a participé au cours de la soirée, ses relations avec ses amis jusqu'à environ 5 h du matin, tous les éléments de preuve quant à ce qui s'est produit au cours des deux heures suivantes, y compris la preuve photographique, le témoignage de l'expert, etc. Vous devez considérer l'état dans lequel il se trouvait au moment où le crime a été découvert et ce qu'il a dit aux policiers. La preuve concernant la quantité d'alcool qu'il avait consommée et la période sur laquelle s'est échelonnée sa consommation vous fournit des indications sur son état d'esprit au moment où il aurait commis les infractions dont il est accusé. Tous ces éléments de preuve devraient vous aider à déterminer ce qu'il avait ou non l'intention de faire. [Je souligne; d.a., p. 15-16.]

He related the evidence a third time, after discussing the common sense inference and linking it to intoxication. After instructing the jury, "If you have a reasonable doubt about his state of mind you must not conclude that he intended or meant to

72 Après avoir abordé la question de la déduction conforme au bon sens et l'avoir rattachée à l'intoxication, il a exposé la preuve une troisième fois. Il a donné la directive suivante au jury : [TRADUCTION] « Si vous avez un doute raisonnable à propos de son

bring about the predictable consequences of what he did", he then related the following evidence to this issue:

The only evidence we have of his mental state immediately prior to the events in question is that about 5:00 a.m. he discussed the next morning's car show with Tyler Sanjenko. He went and called on Mr. Clarke and carried on a drunken, but intelligible, conversation. He checked the four vehicles, including a Winnebago, apparently with a view to sleeping there, before he entered the house. And he called angrily to his wife, "Let me in, you fucking bitch." These events followed his trip across town and back on his motor bike during which he found and called at a friend's house, visited a possible party site, and had several minor accidents with his motor bike which no doubt resulted from his intoxication. Crown counsel has described these facts as evidence of how drunk he wasn't.

When his sister and father arrived they had difficulty awakening him, although it seems that he and his father were heard to be in conversation when the ambulance attendant was in the house.

Constable Decterow had difficulty convincing him that Teanda was dead as she took him to the police cells.

You have heard Wayne's testimony that he had consumed a lot of alcohol that night and that he has no recollection of the events following the motorcycle ride or even during the ride except for his wiping out on one occasion. Your task, however, is not to determine his state of mind after the crucial events but rather during them. That he does not remember the events in the house is only one aspect of the matter.

Amnesia, while it may reflect extreme drunkenness, is not a defence. It is his ability to form the necessary criminal intent at the time that you must focus on. In this regard you must remember what I said about the burden of proof. There is no burden on the accused to prove he was so drunk he couldn't form the necessary intent. The question of drunkenness having been raised, and upon the evidence properly so, the onus is on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that he had the necessary intent, notwithstanding his drinking. [A.R., at pp. 17-19]

état d'esprit, vous ne devez pas conclure qu'il avait l'intention de produire les conséquences prévisibles de ce qu'il a fait », puis il a rattaché les éléments de preuve suivants à la question en litige :

[TRADUCTION] La seule preuve que nous détenons concernant son état mental immédiatement avant les événements en question est qu'il a discuté avec Tyler Sanjenko, vers 5 h, de l'exposition d'automobiles qui avait lieu le lendemain matin. Il est allé voir M. Clarke et lui a tenu une conversation intelligible, même s'il était en état d'ébriété. Il a vérifié les quatre véhicules, y compris un Winnebago, apparemment avec l'intention d'y dormir, puis il est entré dans la maison. Il a aussi hurlé à sa femme : « Laisse-moi entrer maudite salope. » Ces événements se sont déroulés après son aller et retour à motocyclette jusqu'à l'autre bout de la ville au cours duquel il s'est d'abord rendu chez un ami, puis à l'endroit où était censée avoir lieu une fête. Durant le trajet, il a aussi eu plusieurs petits accidents, sans aucun doute à cause de son état d'ébriété. Selon l'avocat du ministère public, ces faits démontrent qu'il n'était pas si ivre que ça.

Lorsque sa sœur et son père sont arrivés, ils ont eu de la difficulté à le réveiller, bien qu'il semble qu'une ambulancière qui se trouvait dans la maison l'ait entendu parler avec son père.

L'agente Decterow qui l'a conduit jusqu'aux cellules du poste de police a eu de la difficulté à le convaincre que Teanda était morte.

Vous avez entendu le témoignage de Wayne selon lequel il avait consommé beaucoup d'alcool ce soir-là et ne se rappelle pas ce qui s'est passé après ou même pendant ses déplacements en motocyclette, sauf d'être tombé une fois. Toutefois, votre tâche ne consiste pas à déterminer son état d'esprit après les événements cruciaux, mais plutôt durant ces événements. Le fait qu'il ne se souvienne pas de ce qui s'est passé dans la maison ne constitue qu'une partie du problème.

L'amnésie, bien qu'elle puisse témoigner d'une ivresse extrême, ne constitue pas un moyen de défense. Vous devez vous concentrer sur sa capacité de former l'intention criminelle requise à ce moment-là. À cet égard, vous devez vous rappeler mes propos sur le fardeau de la preuve. Il n'incombe pas à l'accusé de prouver qu'il était ivre au point de ne pas pouvoir former l'intention requise. La question de l'ivresse ayant été soulevée, et ce, à bon droit compte tenu de la preuve, il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention requise, malgré son ivresse. [d.a., p. 17-19]

Following this was the reiteration of legal conclusions the jury could reach after assessing this evidence, which I cited in the previous section. After this, Kyle J. explained the Crown's theory that Mr. Daley should be found guilty of first degree murder and how the jury could reach this conclusion. Kyle J. then reviewed the three experts who had testified at trial. It was here that the evidence of Dr. Richardson was summarized:

> The alcohol expert, if I may call him that, Dr. Richardson, spoke of the effect of drunkenness of the sort we have here. It affects judgment. It affects motor ability, and it can bring on amnesia if short-term memory does not become long-term memory. In the present case, Wayne Daley simply says that he remembers nothing after he left his garage on the motorcycle, other than the accident. At the time he was arrested, however, he said that he and Teanda had been fighting. [A.R., at p. 21]

Smith J.A. was critical of the fact that the trial judge omitted a number of facts from his review of the evidence (para. 155). In particular, she identified the following testimony that was not mentioned: (1) the additional testimony of Tyler Sanjenko who said that, while riding his motorcycle, Mr. Daley was "falling all over the place, like he was pretty – pretty out of it" and while speaking to Mr. Daley at his home at 5:30 a.m. the appellant urinated against a neighbour's fence and had great difficulty getting his pants back up (paras. 115-16); (2) the testimony of James Beamish, a friend that Mr. Daley did not remember visiting at 4:30 a.m., who described Mr. Daley as highly intoxicated and as unable to keep his balance, had to hold onto a counter to hold himself up, and had difficulty putting on his bike helmet and boots when leaving (para. 114); (3) the testimony of Jim Clarke, the neighbour to whom Mr. Daley paid a visit after 5:30 a.m., who evaluated the appellant as "really drunk", talking "just gibberish" and "out of his mind drunk" (para. 117); (4) the evidence of the neighbour, Ms. Mohr, who saw the appellant trying to enter his home, and testified, that he "appeared to be really intoxicated" and fell on the ground as he was walking (para. 118); (5) further testimony of Mr. Sanjenko about

73 Le juge Kyle a ensuite répété les conclusions de droit que pouvait tirer le jury après avoir apprécié la preuve que je viens de citer. Puis, il a expliqué la thèse du ministère public selon laquelle M. Daley devrait être déclaré coupable de meurtre au premier degré et précisé de quelle façon le jury pouvait arriver à cette conclusion. Par la suite, le juge Kyle a récapitulé le témoignage des trois experts qui ont comparu lors du procès. C'est à ce moment qu'il a résumé le témoignage de M. Richardson :

> [TRADUCTION] M. Richardson, l'expert en alcool, si je peux l'appeler ainsi, a parlé de l'effet du type d'ivresse dont il est question ici. Il altère le jugement ainsi que la capacité motrice, et il peut causer l'amnésie si la mémoire à court terme ne se transforme pas en mémoire à long terme. En l'espèce, Wayne Daley affirme simplement n'avoir aucun souvenir de ce qui s'est passé après qu'il a quitté son garage sur sa motocyclette, sauf d'avoir eu un accident. Toutefois, au moment de son arrestation, il a dit que lui et Teanda s'étaient disputés. [d.a., p. 21]

74 La juge Smith a reproché au juge du procès d'avoir omis plusieurs faits dans sa récapitulation de la preuve (par. 155). Elle a notamment signalé les témoignages suivants qui n'avaient pas été mentionnés. (1) Le témoignage additionnel de Tyler Sanjenko qui a affirmé que M. Daley [TRADUCTION] « tombait partout, t'sais, il était vraiment – vraiment chaud » pendant qu'il conduisait sa motocyclette et que, lorsqu'ils avaient parlé ensemble à 5 h 30, chez M. Daley, ce dernier avait uriné sur la clôture d'un voisin et avait eu beaucoup de difficulté à remonter son pantalon (par. 115-116). (2) Le témoignage de James Beamish, un ami que M. Daley ne se souvenait pas avoir visité à 4 h 30, selon qui M. Daley était très ivre, n'arrivait pas à garder son équilibre, avait dû s'accrocher au comptoir pour se tenir debout et avait eu de la difficulté à mettre son casque et à enfiler ses bottes au moment de partir (par. 114). (3) Le témoignage de Jim Clarke, le voisin à qui M. Daley a rendu visite après 5 h 30, selon qui l'appelant était [TRADUCTION] « vraiment soûl », « baragouinait des choses qui n'avaient ni queue ni tête » et était « ivre mort » (par. 117). (4) Le témoignage de la voisine, M^me^ Mohr, qui a vu l'appelant essayer d'entrer chez lui et a déclaré qu'il [TRADUCTION] « avait l'air vraiment ivre »

his conversation with Mr. Daley concerning their attendance at a car show the following day. Smith J.A. was of the view that the trial judge should have mentioned that Mr. Sanjenko was less intoxicated than the appellant, that it was not clear who did the talking, and Kyle J. should have stressed this was not evidence that suggested any significant "planning" (paras. 132-33). The omission of all this evidence led, in her view, to an overemphasis on the evidence tending to downplay his degree of intoxication: "it would not be unfair to say that the trial judge's description of the appellant's state of intoxication focused almost exclusively on 'how drunk he wasn't'" (para. 153).

et qu'il était tombé en marchant (par. 118). (5) Un autre témoignage de M. Sanjenko relativement à sa conversation avec M. Daley à propos de leur visite de l'exposition d'automobiles le lendemain. Selon la juge Smith, le juge du procès aurait dû, d'une part, préciser que M. Sanjenko était moins ivre que l'appelant et qu'on ne pouvait déterminer avec certitude qui avait dit quoi et, d'autre part, insister sur le fait que cela n'établissait pas l'existence d'une réelle « planification » (par. 132-133). Selon elle, en omettant tous ces témoignages, le juge du procès a insisté exagérément sur la preuve qui tendait à minimiser le degré d'intoxication de l'accusé : [TRADUCTION] « il ne serait pas injuste de dire que la description de l'état d'intoxication de l'appelant faite par le juge du procès indiquait presque exclusivement "qu'il n'était pas si ivre que ça" » (par. 153).

75 In addition to his handling of the evidence of these lay witnesses, Smith J.A., in particular, was critical of the trial judge's summary of evidence of Dr. Richardson. I will deal with this issue separately in the next sections.

Outre la façon dont il a traité le témoignage de ces témoins profanes, la juge Smith a notamment reproché au juge du procès son résumé du témoignage d'expert de M. Richardson. Je traiterai de cette question séparément dans les paragraphes qui suivent.

76 As I explain above, the duty of a trial judge is not to undertake an exhaustive review of the evidence. A concise and fair summary of the evidence, focusing on the evidence central to deciding whether Mr. Daley was so intoxicated that he could not foresee the consequences of his actions, was what was in order.

Comme je l'ai expliqué précédemment, le juge du procès n'était pas tenu de procéder à une récapitulation exhaustive de la preuve. Son obligation consistait à faire un résumé concis et équitable de la preuve, en insistant sur les éléments essentiels permettant de déterminer si M. Daley était ivre au point d'être incapable de prévoir les conséquences de ses actes.

77 I agree with the Crown's submission that Smith J.A.'s criticism fails to recognize that the obligation of Kyle J. was only to provide a *summary* of the evidence. This was a relatively short trial, lasting only seven days. The testimony of the witnesses would have been still fresh in the minds of the jurors and counsel had reviewed the evidence in support of their case immediately before the jury charge. Kyle J. did not have to review all the evidence that was given at trial.

Je retiens l'argument du ministère public selon lequel les reproches de la juge Smith font abstraction du fait que l'obligation du juge Kyle se limitait à *résumer* la preuve. Le procès a été relativement court puisqu'il n'a duré que sept jours. Les jurés devaient avoir encore bien en mémoire les dépositions des témoins et les avocats avaient passé en revue la preuve à l'appui de leur thèse juste avant l'exposé au jury. Le juge Kyle n'était pas tenu de passer en revue tous les éléments de preuve présentés lors du procès.

78 As for whether the presentation of the evidence was unfair, I would agree with Crown counsel that

Quant à savoir si la présentation de la preuve était inéquitable, je suis d'accord avec l'avocat du

this was not a charge about "how drunk Mr. Daley wasn't", but was all about what the evidence actually was. The evidence during the trial, as Crown counsel put it, "cut both ways". Just as there was evidence supporting that Mr. Daley was very drunk, there was evidence to suggest that he was less drunk than alleged and was capable of acting rationally. Kyle J. mentioned many key facts in support of Mr. Daley's position, such as that he had consumed a significant amount of alcohol, that he had difficulty riding his motor bike and had several minor accidents, that people had difficulty waking him the next morning, and that officers had difficulty convincing him Teanda was dead. But equally, Kyle J. mentioned the evidence that detracted from or contradicted this evidence, such as the fact that he was still able to carry on conversations prior to the incident, drove a motorcycle across town and called on a friend, had a conversation with a neighbour, attempted to take shelter in his cars once he realized he was locked out, and was overheard talking to his father by an ambulance attendant at the time he alleged he was unconscious. Both sides had to be presented.

ministère public pour dire que l'exposé ne portait pas sur le fait que [TRADUCTION] « M. Daley n'était pas si ivre que ça », mais plutôt sur la teneur véritable de la preuve. Comme l'a dit l'avocat du ministère public, la preuve entendue lors du procès « allait dans les deux sens ». Tout comme certains éléments de preuve étayaient la thèse selon laquelle M. Daley était très ivre, d'autres indiquaient qu'il était moins ivre qu'on le prétendait et qu'il était capable d'agir rationnellement. Le juge Kyle a mentionné de nombreux faits essentiels étayant la position de M. Daley, par exemple qu'il avait consommé une quantité importante d'alcool, qu'il avait eu de la difficulté à conduire sa motocyclette et qu'il avait eu plusieurs accidents mineurs, qu'on avait eu de la difficulté à le réveiller le lendemain matin et que les policiers avaient eu de la difficulté à le convaincre du décès de Teanda. Parallèlement, le juge Kyle a aussi fait état d'éléments qui discréditaient ou contredisaient cette preuve, comme le fait que M. Daley était toujours capable d'entretenir une conversation avant l'incident, qu'il avait traversé la ville en motocyclette pour rendre visite à un ami, qu'il avait discuté avec un voisin et tenté de s'abriter dans ses voitures après avoir constaté que sa maison était fermée à clé, et enfin qu'une ambulancière l'avait entendu parler avec son père alors qu'il prétendait être inconscient. Il fallait présenter les deux côtés de la preuve.

I would further note that just as not all the evidence in support of Mr. Daley's drunkenness was reviewed by the trial judge, nor was all the evidence in support of the Crown's position presented. For example, Kyle J. did not mention that the identification officer who processed the appellant at 9:55 a.m. on the morning of April 24th testified that he did not find Mr. Daley to be all that intoxicated. Crown counsel stated the matter quite well in oral submissions:

> Does [the trial judge] talk about the fact that Mr. Daley, when he went to talk to Mr. Clarke, had to use the railing? Or that he was seen to stumble? No, he doesn't; but he also does not mention that despite his drunkenness Mr. Daley was cognizant of the fact and correct that Mr. Clarke had moved in about a week before. And he comes to Mr. Clarke and greets him, Hello neighbour.

79 Je tiens à préciser que, si le juge du procès n'a pas mentionné tous les éléments de preuve tendant à démontrer l'ivresse de M. Daley, il n'a pas fait état non plus de tous les éléments favorables à la thèse du ministère public. Par exemple, le juge Kyle n'a pas relevé que, selon l'agent d'identification qui s'est occupé de l'appelant à 9 h 55 le matin du 24 avril, M. Daley n'était pas aussi ivre qu'on le prétendait. L'avocat du ministère public a assez bien exposé le problème dans les observations qu'il a faites de vive voix à l'audience :

> [TRADUCTION] [Le juge du procès] relate-t-il que M. Daley a dû s'appuyer sur la rampe quand il est allé parler à M. Clarke? Ou qu'on l'avait vu trébucher? Non, il ne le signale pas. Mais il ne mentionne pas non plus que, malgré son intoxication, M. Daley était conscient que M. Clarke avait déménagé environ une semaine auparavant, ce sur quoi il avait raison. Et il s'est approché de M. Clarke et l'a salué : « Bonjour voisin. »

So that, in the Crown's respectful submission, if we are going to talk about omissions, that cuts the other way. That is a very powerful indication that this is a man whose brain is processing. . . .

So what we have here, we have a summary. Does it leave out certain things that Mr. Wolch would have liked to have had there? No doubt. Does it leave out certain things that I would like to have had there? Absolutely.

It is also worth noting that the trial judge did not relate Mr. Daley's efforts to enter the house upon discovering he was locked out and the capacity to form an intention, given his level of intoxication.

80 I also consider it relevant that the defence did not raise any concerns with the adequacy of the summary of the layman witnesses' evidence after the charge was delivered. In addition, concerns about omissions from the summary are tempered by the fact that the trial judge prefaced his summary by telling the jury they were to rely on their own recollections of the evidence in deciding the case and the fact that he repeatedly told them they were to consider the whole of the evidence in deciding whether Mr. Daley possessed the requisite intent.

5.2.3 Whether the Trial Judge Failed to Explain the Real Implication of Dr. Richardson's Evidence

81 Smith J.A. found that the point of Dr. Richardson's testimony was to establish that the appellant was extremely intoxicated, to the point he could suffer amnesia and to the point where he could be incapable of the judgment necessary to appreciate the consequences of what he was doing. As a result, she concluded that the trial judge's summary and instructions on how this evidence was to be used were wholly inadequate:

The evidence of Dr. Richardson was not expressly related to the question of intent and was referred to in a different portion of the jury charge, largely to indicate that it was not really relevant to the issues before the jury. Although the trial judge pointed out that Dr.

Alors le ministère public soutient, si nous voulons parler des omissions, que cela joue dans l'autre sens. Il s'agit d'une très bonne indication que le cerveau de cet homme fonctionne. . .

Alors, qu'avons-nous ici? Nous avons un résumé. Ce résumé exclut-il certains éléments que M^e^ Wolch aurait voulu y voir figurer? Sans aucun doute. Exclut-il certains éléments que j'aurais voulu y voir figurer? Absolument.

Il convient également de souligner que le juge du procès n'a fait état ni des efforts de M. Daley pour entrer dans la maison après avoir découvert qu'elle était fermée à clé, ni de sa capacité de former une intention, compte tenu de son degré d'intoxication.

De plus, j'estime pertinent de mentionner que la défense n'a soulevé aucun problème concernant la justesse du résumé de la preuve offerte par les témoins profanes après la communication des directives. En outre, les inquiétudes relatives aux omissions du résumé sont tempérées par le fait que le juge du procès a commencé son résumé en disant aux jurés qu'ils devaient se fonder sur ce qu'ils avaient retenu de la preuve pour trancher l'affaire et qu'il leur a mentionné à plusieurs reprises qu'ils devaient tenir compte de l'ensemble de la preuve pour déterminer si M. Daley avait l'intention requise.

5.2.3 Le juge du procès a-t-il omis d'expliquer la véritable portée du témoignage de M. Richardson?

La juge Smith a conclu que le témoignage de M. Richardson visait à établir l'intoxication extrême de l'appelant, au point où il pouvait être frappé d'amnésie et incapable d'exercer suffisamment son jugement pour apprécier les conséquences de ses actes. Elle a donc conclu que le résumé fait par le juge du procès ainsi que ses directives sur la façon dont la preuve devait être utilisée étaient totalement inadéquats :

[TRADUCTION] Le témoignage de M. Richardson n'a pas été expressément rattaché à la question de l'intention et a été mentionné dans une autre partie de l'exposé, essentiellement pour indiquer au jury qu'il n'était pas vraiment pertinent pour trancher les questions qui

Richardson had testified that "drunkenness of the sort we have here . . . affects judgment", this evidence was not related, in the charge, to the question of whether the appellant knew that death was a likely consequence of his actions. The relevance to this issue of the evidence of alcohol-induced amnesia was discounted by the trial judge who said only, "Amnesia, while it may reflect extreme drunkenness, is not a defence." [Emphasis added; para. 138.]

The problem — and it is no small one — with Dr. Richardson's evidence is that it was not at all clear if that, in fact, was his meaning. Vancise and Gerwing JJ.A. did not think his evidence supported that interpretation:

Nowhere in all of the testimony, which I have set out in detail, did Dr. Richardson testify on the effect of alcohol to impair the ability or capacity to form specific intent. He did testify that the hypothetical person described by the appellant, that is, someone with a blood-alcohol level of .230, would be incapable of forming judgment or figuring out whether what they were doing was appropriate. He did not however testify as to the capacity of that person to form a specific intent or whether or not the person could, having regard to all of the evidence, form the specific intent required.

. . .

He testified about the effect of alcohol on the capacity to form appropriate judgments. He did not testify that lack of memory equates to a lack of intent. [Emphasis added; paras. 70 and 76.]

I agree. While it is true, as Smith J.A. points out, that Dr. Richardson failed to testify that the effect of alcohol is to "impair the ability or capacity to form specific intent" and that this would be a legal conclusion upon which an expert would not be expected to offer an opinion (para. 127), I think this is somewhat of an oversimplification of the problem. While Dr. Richardson did not have to testify that someone in Mr. Daley's state of intoxication would lack "specific intent" for murder for his testimony to be relevant to the central issue in the case, he had to clearly convey that someone in Mr. Daley's state could not foresee the consequences of

lui étaient soumises. Bien que le juge du procès ait souligné la déclaration de M. Richardson selon laquelle « le type d'ivresse dont il est question ici [. . .] altère le jugement », dans ses directives, il n'a pas rattaché cet élément de preuve à la question de savoir si l'appelant savait que ses actes étaient de nature à entraîner la mort. Le juge du procès a mésestimé la pertinence de la preuve de l'amnésie induite par l'alcool relativement à cette question, et s'est contenté de dire : « L'amnésie, bien qu'elle témoigne d'une ivresse extrême, ne constitue pas un moyen de défense. » [Je souligne; par. 138.]

82 Le problème, non négligeable, que pose le témoignage de M. Richardson, tient au fait qu'il n'est pas du tout certain que cette interprétation corresponde au message qu'il a voulu transmettre. Selon les juges Vancise et Gerwing, sa déposition ne permettait pas cette interprétation :

[TRADUCTION] Nulle part dans son témoignage, que j'ai exposé en détail, M. Richardson ne traite du fait que l'alcool aurait pour effet de porter atteinte à la capacité de former une intention spécifique. Il a déclaré que la personne fictive décrite par l'appelant, c'est-à-dire une personne ayant une alcoolémie de 0,230, serait incapable d'exercer un jugement ou de déterminer si ses actes sont acceptables. En revanche, il n'a pas parlé de la capacité de cette personne de former une intention spécifique ni de la possibilité qu'elle puisse, compte tenu de l'ensemble de la preuve, former l'intention spécifique requise.

. . .

Il a témoigné au sujet de l'effet de l'alcool sur la capacité d'exercer son jugement de façon judicieuse. Dans son témoignage, il n'a pas assimilé la perte de mémoire à l'absence d'intention. [Je souligne; par. 70 et 76.]

83 Je suis du même avis. Il est vrai, comme le souligne la juge Smith, que M. Richardson n'a pas affirmé que l'alcool aurait pour effet [TRADUCTION] « de porter atteinte à la capacité de former une intention spécifique » et que pareille affirmation constituerait une conclusion de droit sur laquelle on ne s'attendrait pas à ce qu'un expert se prononce (par. 127). Je pense néanmoins que ce raisonnement, en quelque sorte, simplifie exagérément le problème. Pour que le témoignage de M. Richardson soit pertinent quant à la question qui est au cœur du litige, il n'était pas nécessaire qu'il précise qu'une personne dans le même état

his actions. He failed to do so. Indeed, Smith J.A. acknowledged that the evidence was less than clear: "It is unfortunate that the gist of Dr. Richardson's evidence did not emerge as clearly as it could have from his testimony, particularly his evidence-in-chief" (para. 129).

84 The only time that a discussion about the ability to foresee consequences arose in the course of his testimony was in cross-examination, and was in the context of a discussion pertaining to making plans and deliberating future actions rather than knowledge in the moment:

Q: What about – what about planning for the next day, would – would it be typical for a person in that kind of gross state of drunkenness to not be planning what they're going to do the next day, thinking ahead? Would that be a typical impairment of judgement that you're not thinking ahead?

A: Well, they're not – not anticipating the consequences of what you're doing, yes.

Q: Right.

A: Again, that would be part of the appropriateness filter is to anticipate . . . the consequences of [what is] going on – what you're carrying out.

Q: Or – or for that matter, just what you're going to do the next day.

A: Well, the – quite possibly because the – the memory – or the – the idea-generating parts of the brain are still generating ideas. So it would be possible that in an amnesic state the person would talk about – would have ideas of what to do in the future –

Q: Right.

A: – and to talk about it with other people, but whether they were appropriate things or not, whether they were things that the person actually would carry out is another issue all –

d'intoxication que M. Daley n'aurait pas l'« intention spécifique » requise pour commettre un meurtre, mais il devait expliquer clairement que cette personne ne pouvait prévoir les conséquences de ses actes, ce qu'il n'a pas fait. D'ailleurs, la juge Smith a reconnu que son témoignage était loin d'être clair : [TRADUCTION] « Il est malheureux que l'essentiel des explications offertes par M. Richardson ne soit pas ressorti plus clairement de son témoignage, en particulier de son interrogatoire principal » (par. 129).

M. Richardson n'a abordé la question de la capacité de prévoir les conséquences qu'une seule fois, en contre-interrogatoire, alors qu'il traitait de la capacité d'élaborer des projets et de planifier des actes, et non de la conscience immédiate :

[TRADUCTION]

Q : Qu'en est-il – qu'en est-il des projets pour le lendemain? Serait – serait-il typique pour une personne dans un état d'ivresse aussi flagrant de ne pas planifier sa journée du lendemain, de ne pas penser plus loin? Serait-ce une manifestation typique d'une atteinte au jugement que de ne pas penser plus loin?

R : Bien, elle ne – n'anticipe pas les conséquences de ses actes, effectivement.

Q : D'accord.

R : Encore une fois, ça fait partie du filtre d'acceptabilité d'anticiper les conséquences de ce qui arrive – des gestes qu'on accomplit.

Q : Ou – ou même, seulement ce qu'une personne va faire le lendemain.

R : Bien, c'est – c'est bien possible car la – la mémoire – ou – les régions du cerveau qui donnent naissance à des idées continuent d'en générer. Alors, ce serait possible qu'une personne amnésique parle de – ait des idées de ce qu'elle pourrait faire dans le futur –

Q : D'accord.

R : – et qu'elle en parle avec d'autres personnes, mais pour ce qui est de savoir si ces projets sont acceptables ou si cette personne les mettrait réellement à exécution, c'est une autre question, une –

Q: A different story.

A: – issue altogether. [A.R., at pp. 463-64]

One would not necessarily take from this exchange that a person in Mr. Daley's state was incapable of knowing the likely consequences of his actions; it could simply be taken to mean that someone in an amnesiac state lacks the ability to engage in long-term planning.

It is questionable whether loss of the capacity to form judgments and judge the appropriateness of one's action equates with loss of the ability to foresee the consequences of one's actions. As discussed at para. 42 dealing with the *Robinson* case, it is hard to accept that a person, here stabbing someone in the side, would not be able to realize such an action could kill. Expert evidence that the intoxication was such that one could not judge the appropriateness of one's actions can hardly be equated to evidence of intoxication sufficient to establish the incapacity alleged to have existed here. This is the problem I see with the interpretation given to the evidence of the expert by Smith J.A.

Smith J.A. drew support for her conclusion by reference to another intoxication case, *R. v. Tipewan*, [1998] S.J. No. 681 (QL) (Q.B.), where Dr. Richardson, testifying as an expert for the defence, had expressly linked loss of judgment with loss of the ability to foresee consequences. While I acknowledge that Smith J.A. prefaced her reliance on this case by noting "one must exercise extreme caution when comparing the evidence adduced in another case" (para. 140), I am of the view that it was improper for her to rely on the evidence in another case to prop-up the evidence in this case. The significance of Dr. Richardson's testimony in this case is a question of fact. Subject to judicial notice, the answer to a question of fact, as it rests wholly on the evidence in a particular case, cannot be presumed to be true for any situation outside the specific one before the trial court. Also, the trial judge could hardly be criticized for dealing only with the evidence in front of him; that

Q : Une autre histoire.

R : – tout autre question. [d.a., p. 463-464]

On ne retiendrait pas nécessairement de cet échange qu'une personne dans l'état de M. Daley est incapable de savoir quelles seront les conséquences probables de ses actes. On pourrait simplement en conclure qu'une personne amnésique n'a pas la capacité de planifier à long terme.

85 Il y a lieu de se demander si la perte de la capacité d'exercer son jugement et d'évaluer l'acceptabilité de ses actes est assimilable à la perte de la capacité de prévoir les conséquences de ses actes. Si on se reporte au par. 42, où j'ai cité *Robinson*, il est difficile d'admettre qu'une personne qui en poignarderait une autre au flanc, comme en l'espèce, ne serait pas en mesure de réaliser qu'un tel geste peut causer la mort. On pourrait difficilement assimiler le témoignage d'un expert selon lequel une personne était dans un état d'intoxication tel qu'elle ne pouvait juger de l'acceptabilité de ses actes à une preuve d'intoxication suffisante pour établir l'incapacité alléguée en l'espèce. Voilà pourquoi, selon moi, l'interprétation donnée par la juge Smith au témoignage de l'expert pose problème.

86 La juge Smith a justifié sa conclusion en se reportant à une autre affaire d'intoxication, *R. c. Tipewan*, [1998] S.J. No. 681 (QL) (B.R.), dans laquelle M. Richardson, appelé à témoigner en qualité d'expert pour la défense, a expressément établi un lien entre la perte de la capacité d'exercer son jugement et la perte de la capacité de prévoir les conséquences de ses actes. Je reconnais que la juge Smith a d'abord précisé qu'il [TRADUCTION] « faut faire preuve d'une extrême prudence en établissant une comparaison avec la preuve présentée dans une autre affaire » (par. 140), mais je suis d'avis qu'il était inapproprié qu'elle recoure à la preuve soumise dans le cadre d'une autre affaire pour pallier les lacunes de la preuve présentée en l'espèce. Le sens du témoignage de M. Richardson dans le présent dossier est une question de fait. Sous réserve de la connaissance d'office, on ne peut présumer que la réponse à une question de fait, qui repose entièrement sur la preuve propre à chaque cause,

is the only evidence that could properly be put to the jury.

87 Moreover, as a determination to be made on the evidence presented at trial, the significance of Dr. Richardson's evidence is solely a debate to be had between members of the jury, as the ultimate arbiters of the facts. As I discussed earlier, it is a long-held principle that it is dangerous and in most cases inappropriate for trial judges to interpret the evidence of experts for the jury. Trial judges need only summarize and present to the jury what was clearly stated by the expert witness, nothing more, and this is so only where the evidence is central, as opposed to peripheral to a main issue in the case: see *Thériault*, at p. 342.

88 It was alternatively argued by Mr. Daley's counsel during oral argument that if the substance of Dr. Richardson's testimony was unclear during his examination, the trial judge should have sought to clarify his meaning by posing him further questions while on the witness stand. While the trial judge certainly had the discretion to do so, I am of the view that he was under no obligation to do so. As discussed earlier, it is the role of the parties to lead evidence and not that of the trial judge. Trial judges understandably may have a certain reluctance to tease out evidence for fear of eliciting statements counsel did not wish to have brought out and then have their intervention challenged on appeal.

89 As to whether the trial judge's summary of Dr. Richardson's evidence was inadequate, given my conclusion that the trial judge was under no obligation to read more into, or to interpret for the jury, what was presented, I find his summary was not so incomplete or biased in favour of one position that it gave rise to reversible error. Dr. Richardson testified that there was a correlation between alcohol-induced amnesia and a lack of judgment

vaut pour quelque situation que ce soit hormis celle dont était saisi le tribunal de première instance. De plus, on pourrait difficilement reprocher au juge du procès d'avoir traité uniquement de la preuve présentée devant lui, puisque c'est la seule preuve qui peut être validement soumise à l'appréciation du jury.

En outre, comme il s'agit d'une décision qui doit être prise en fonction de la preuve présentée au procès, seuls les jurés, en tant qu'arbitres ultimes des faits, peuvent apprécier la portée du témoignage de M. Richardson. Comme je l'ai mentionné précédemment, un principe bien établi veut qu'il soit hasardeux et, dans la plupart des cas, inapproprié pour le juge du procès d'interpréter le témoignage d'un expert à l'intention des jurés. Il doit simplement résumer et présenter au jury ce qui a été dit clairement par le témoin expert, sans plus, et ce uniquement lorsque ce témoignage est essentiel, et non accessoire, à une question fondamentale de l'affaire. Voir *Thériault*, p. 342.

Subsidiairement, l'avocat de M. Daley a soutenu pendant sa plaidoirie que, si l'essentiel du témoignage de M. Richardson n'était pas clair, le juge du procès aurait dû profiter de sa présence à la barre des témoins pour chercher à obtenir des précisions en lui posant des questions supplémentaires. Même si le juge du procès avait assurément le pouvoir discrétionnaire de le faire, je suis d'avis qu'il n'en avait pas l'obligation. Je répète que la présentation de la preuve relève des parties et non du juge du procès. Bien entendu, le juge du procès peut avoir une certaine réticence à soutirer des éléments de preuve de peur d'obtenir des déclarations que l'avocat ne souhaitait pas voir émettre et que son intervention soit par la suite contestée en appel.

Quant à savoir si le juge du procès a résumé adéquatement le témoignage de M. Richardson, compte tenu de ma conclusion selon laquelle le juge n'avait pas l'obligation d'interpréter la preuve à l'intention du jury ni de la compléter par des éléments implicites, j'estime que son résumé n'était pas incomplet ni favorable à une thèse plutôt qu'à l'autre au point de comporter une erreur justifiant annulation. M. Richardson a expliqué qu'il y avait

and assessment of appropriateness. Kyle J. summarized that properly, separately from that portion of the charge dealing specifically with the issue of intoxication, with the rest of the expert testimony. Because what clearly came out of Dr. Richardson's testimony was not particularly helpful in determining the central issue of whether Mr. Daley lacked the requisite intent and because the sequence to be followed in a jury charge is generally a matter within the trial judge's discretion, I find no error here. Had Dr. Richardson testified in clear terms to the extent that Smith J.A. attributes to him, I would have serious concerns about the adequacy of the summary and presentation of this evidence, but the evidence was lacking and appellate courts should not attempt to fill in the gaps or make inferences that end up changing the evidence that the jury is to consider.

une corrélation entre, d'une part, l'amnésie induite par l'alcool et, d'autre part, la perte de la capacité de juger et d'évaluer l'acceptabilité des comportements. Le juge Kyle a bien résumé ces propos avec les autres témoignages d'experts, dans une partie de l'exposé distincte de celle qui traitait spécifiquement de l'intoxication. Comme les renseignements qui ressortaient clairement du témoignage de M. Richardson n'étaient pas vraiment utiles pour trancher la question fondamentale de savoir si M. Daley avait ou non l'intention requise, et comme l'ordre dans lequel le juge donne ses directives au jury relève généralement de son pouvoir discrétionnaire, j'estime qu'aucune erreur n'a été commise. Si M. Richardson s'était exprimé en des termes aussi clairs que ceux que lui attribue la juge Smith, je douterais sérieusement de la justesse du résumé et de la façon dont son témoignage a été présenté. Toutefois, ce témoignage présentait des manques et une cour d'appel ne doit pas tenter de combler les lacunes de la preuve ou de tirer des inférences qui, en bout de ligne, modifient la preuve soumise au jury.

5.2.4 Whether the Trial Judge Misled the Jury with Respect to the Significance of Alcoholic Amnesia

This concern with the charge is related to the previous section. Given her interpretation of Dr. Richardson's evidence, Smith J.A. felt that Kyle J. risked seriously misleading the jury as to the significance of Dr. Richardson's evidence when he stated at the conclusion of the portion of his charge on intoxication that "[a]mnesia, while it may reflect extreme drunkenness, is not a defence." In her view, a fairer summary of the relevance of the evidence of amnesia would have been, "[a]mnesia, while it is not in itself a defence, may reflect extreme drunkenness to the degree that judgment is absent or seriously impaired" (para. 139).

In oral argument before this Court, counsel for Mr. Daley argued that this mis-characterization of the significance of amnesia amounted to

5.2.4 Le juge du procès a-t-il induit le jury en erreur sur la portée de l'amnésie alcoolique?

90 Cette question touchant l'exposé au jury se rattache à la section précédente. Compte tenu de son interprétation du témoignage de M. Richardson, la juge Smith a estimé que le juge Kyle risquait d'induire sérieusement le jury en erreur quant à la portée de ce témoignage, lorsqu'il a indiqué à la fin de la partie de son exposé sur l'intoxication que [TRADUCTION] « [l]'amnésie, bien qu'elle puisse témoigner d'une ivresse extrême, ne constitue pas un moyen de défense. » Selon la juge Smith, il aurait été plus juste de résumer la pertinence de la preuve de l'amnésie comme suit : [TRADUCTION] « L'amnésie, bien qu'elle ne constitue pas une défense en soi, peut témoigner d'un degré d'ivresse tel que la capacité d'exercer son jugement est annihilée ou gravement atteinte » (par. 139).

91 Dans sa plaidoirie devant notre Cour, l'avocat de M. Daley a fait valoir que cette erreur d'appréciation de la portée de l'amnésie équivalait à une

non-direction on the theory of the defence. I understand from his oral submissions that the theory the defence sought to put forward was as follows: (1) Mr. Daley could not remember the events surrounding the homicide. (2) This is proof that he was in a state of alcoholic amnesia. (3) Persons in a state of alcoholic amnesia experience a shut down of judgment and the ability to evaluate the appropriateness of actions. (4) Persons whose judgment is no longer functioning are unable to foresee the likely consequences of their actions. (5) Persons who cannot foresee the likely consequences of their actions lack the specific intent to be found guilty of second degree murder. Counsel for Mr. Daley says that if all the propositions upon which the above theory is based are made out, then the evidence of amnesia must be central to his case. This is because the evidence in support of amnesia, if accepted, would bring one to the conclusion, by following the steps in the reasoning I set out above, that Mr. Daley lacked the requisite intent.

92 However, as I explained in the previous section, not all elements of this theory were established on the evidence. Most importantly, the link between loss of the capacity for judgment and evaluation of appropriateness and loss of the ability to foresee the consequences of one's actions was never clearly addressed in the testimony of Dr. Richardson, and Kyle J. had no duty to tease this out. Had this link been made, the argument that Kyle J.'s explanation of the significance of amnesia was lacking would be more apt. But the link was not established on the evidence. Without the link, I find it was acceptable for Kyle J. to stipulate that amnesia is not a defence.

5.2.5 Whether the Trial Judge Confused the Jury About the Degree of Intoxication Needed to Make Out the Defence

93 Smith J.A. was of the view that the nature of the intoxication defence was misunderstood by both Mr. Daley's and Crown counsel at trial and that this carried over into the trial judge's instructions

absence de directive sur la thèse de la défense. Je comprends de ses arguments que la défense cherchait à faire valoir la thèse suivante : (1) M. Daley ne pouvait se rappeler les événements entourant l'homicide. (2) Cela prouve qu'il se trouvait dans un état d'amnésie alcoolique. (3) Les personnes en état d'amnésie alcoolique perdent totalement la capacité d'exercer leur jugement et d'évaluer l'acceptabilité de leurs actes. (4) Les personnes qui sont dans l'incapacité d'exercer leur jugement ne peuvent pas prévoir les conséquences probables de leurs actes. (5) Les personnes qui ne peuvent prévoir les conséquences probables de leurs actes n'ont pas l'intention spécifique requise pour être déclarées coupable de meurtre au deuxième degré. L'avocat de M. Daley affirme que si toutes les propositions sur lesquelles repose cette thèse sont établies, la preuve de l'amnésie doit revêtir une importance capitale. En effet, en suivant les étapes du raisonnement que je viens d'exposer, la preuve démontrant l'amnésie, si elle était retenue, mènerait à la conclusion que M. Daley n'avait pas l'intention requise.

Toutefois, comme je l'ai expliqué dans la section précédente, les éléments de cette thèse n'ont pas tous été établis en preuve. Principalement, M. Richardson n'a jamais parlé, dans son témoignage, du lien entre la perte de la capacité de juger et d'évaluer l'acceptabilité de ses actes et la perte de la capacité de prévoir les conséquences de ses actes, et le juge Kyle n'avait pas l'obligation de lui soutirer cette information. Si ce lien avait été établi, l'argument selon lequel les explications du juge Kyle sur la portée de l'amnésie étaient défaillantes serait plus convaincant. Cependant, ce lien n'ayant pas été établi en preuve, je conclus qu'il était acceptable pour le juge Kyle d'affirmer que l'amnésie ne constitue pas un moyen de défense.

5.2.5 Le juge du procès a-t-il semé la confusion dans l'esprit des jurés au sujet du degré d'intoxication nécessaire pour que ce moyen de défense soit retenu?

Selon la juge Smith, tant l'avocat de M. Daley que l'avocat du ministère public ont mal interprété la nature de la défense d'intoxication et cette erreur s'est reproduite dans les directives du juge

(para. 105). She states that the trial judge's presentation of the evidence confused the level of intoxication that would be necessary to establish a state of automatism with the level of intoxication that would support a reasonable doubt that the accused had the requisite specific intent for murder. In her view, Kyle J. may have given the jury the impression that if they were satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant was capable of voluntary action, his defence of intoxication was no longer relevant:

> In short, it is my view that what the learned trial judge did say about the defence of drunkenness could have been interpreted by the jury as implying that, if they were satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant was capable of voluntary action, that was the end of the matter. [The trial judge's description of the] conduct of the appellant ("discussing" the next morning's car show, calling on Mr. Clarke and carrying on "a drunken, but intelligible, conversation" and trying to get into locked vehicles "apparently with a view to sleeping there") as showing "how drunk he wasn't" suggests that if the appellant was capable of doing all of those things, he was probably also capable of the necessary intent. [para. 152]

It would seem that Smith J.A. was of the view that the evidence Kyle J. mentioned that detracted or contradicted the appellant's alleged advanced degree of drunkenness would only have been relevant had Mr. Daley been making a defence of extreme intoxication akin to automatism. She appears to suggest that such evidence was not relevant to the issue of whether Mr. Daley was so intoxicated that he could not foresee the likely consequences of his action. With respect, I disagree.

It seems to me that it was not the fact that the appellant did pursue these activities that was the purpose of mentioning them, but whether they showed that Mr. Daley did them with apparent desire to come to a logical end, which is relevant to the question of intention. That the appellant stayed on topic when planning for the next day with his friend, Mr. Sanjenko, was able to ride his

du procès (par. 105). À son avis, dans sa présentation de la preuve, le juge du procès a confondu le degré d'intoxication nécessaire pour établir un état d'automatisme et le degré d'intoxication suffisant pour soulever un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé avait l'intention spécifique requise pour commettre un meurtre. Elle estimait que le juge Kyle a pu donner aux jurés l'impression que la défense d'intoxication n'avait plus aucune pertinence s'ils étaient convaincus hors de tout doute raisonnable que l'appelant était capable d'un acte volontaire :

> [TRADUCTION] En résumé, j'estime que les jurés auraient pu comprendre des propos du juge du procès au sujet de la défense d'intoxication que, s'ils étaient convaincus hors de tout doute raisonnable que l'appelant était capable d'un acte volontaire, la question était réglée. [Le fait que le juge du procès ait décrit le] comportement de l'appelant (qui a « discuté » de l'exposition d'automobiles du lendemain matin, rendu visite à M. Clarke et lui a tenu « une conversation intelligible, même s'il était en état d'ébriété », et tenté de monter dans des véhicules dont les portes étaient fermées à clef « apparemment pour y dormir ») comme démontrant « qu'il n'était pas si ivre que ça », laisse entendre que s'il pouvait faire toutes ces choses, il était probablement aussi capable de former l'intention requise. [par. 152]

94 Il semblerait que, pour la juge Smith, les éléments de preuve mentionnés par le juge Kyle qui discréditaient ou contredisaient la thèse selon laquelle l'appelant était dans un état d'intoxication avancé, n'auraient été pertinents que si M. Daley avait présenté une défense d'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme. Elle paraît suggérer que ces éléments de preuve n'étaient pas pertinents quant à la question de savoir si M. Daley était ivre au point de ne pouvoir prévoir les conséquences probables de ses actes. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

95 À mon avis, l'énumération des activités de M. Daley ne visait pas à établir qu'il les avait accomplies, mais à déterminer si elles démontraient qu'il les avait accomplies avec le désir manifeste d'arriver à une fin logique, ce qui est pertinent pour la question de l'intention. Certains indices témoignent de la conscience réelle qu'avait l'appelant de ses actes : il ne s'est pas écarté du sujet en discutant

motorcycle to a friend's house, to a house party, and then ride back home, though getting into minor accidents, called out to his wife on being locked out and looked for a vehicle to stay in, give indications of his actual awareness. I agree with the submission of the Crown that it was not the voluntariness of the actions that the trial judge was highlighting, but the rationality of them.

96 As I discussed above, the trial judge has a duty to present the evidence of both sides fairly. I believe that Kyle J. did so. It seems to me that Smith J.A. would have preferred the trial judge to omit much of this important evidence from his charge and to overemphasize the evidence of Mr. Daley's drunkenness. That would not have been a fairer charge.

5.2.6 Whether the Trial Judge Should Have Given a Two-Step Charge

97 As discussed earlier, while this Court endorsed the *Canute*-type charge as that which should normally be given where intoxication is a defence to a specific intent offence, it left the door open in *Robinson* for instructions to be given along the lines as those set out in *MacKinlay*. As I noted earlier, the essential difference between the *Canute* and *MacKinlay* model charges is that *MacKinlay* first instructs on capacity to form the requisite intent, and then goes on to say that if the jury finds beyond a reasonable doubt that the accused possessed the capacity to form the requisite intent, they must still go on to determine whether the accused possessed the actual intent. The *Canute* model charge focuses only on whether the accused possessed actual intent.

98 In *Robinson*, the Court said that the trial judge could give a *MacKinlay*-type charge "where there has been expert evidence concerning issues of capacity, where the evidence reveals that the accused consumed a considerable amount of alcohol or where the accused specifically requests a

de ses projets pour le lendemain avec son ami, M. Sanjenko; même s'il a eu quelques accidents mineurs, il a été capable de conduire sa motocyclette pour se rendre chez un ami, à une fête et pour revenir chez lui; il a crié pour alerter sa femme en constatant que la maison était fermée à clef et il a cherché un véhicule pour s'abriter. Je pense, comme le ministère public, que le juge du procès n'a pas fait ressortir le caractère volontaire de ces actes, mais leur rationalité.

Comme je l'ai expliqué précédemment, le juge du procès a l'obligation de présenter équitablement les éléments de preuve soumis par les deux parties. J'estime que c'est ce que le juge Kyle a fait. Il me semble que la juge Smith aurait préféré qu'il omette la plupart de ces éléments importants dans son exposé et qu'il insiste démesurément sur la preuve de l'ivresse de M. Daley. Un tel exposé n'aurait pas été plus équitable.

5.2.6 Le juge du procès aurait-il dû présenter un exposé en deux temps?

Comme je l'ai dit plus tôt, la Cour a recommandé l'usage de directives de type *Canute*, règle générale, lorsque l'intoxication est invoquée comme moyen de défense à une infraction d'intention spécifique. Toutefois, dans *Robinson*, elle n'a pas écarté la possibilité de formuler des directives inspirées du modèle décrit dans *MacKinlay*. Rappelons que la différence principale entre ces deux modèles tient essentiellement au fait que, suivant le modèle *MacKinlay*, le juge traite d'abord de la capacité de former l'intention requise, puis il explique aux jurés que, s'ils concluent hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait la capacité de former l'intention requise, ils doivent déterminer si ce dernier avait véritablement cette intention. Le modèle proposé dans *Canute* ne porte que sur l'intention véritable de l'accusé.

Dans *Robinson*, la Cour a affirmé que le juge du procès pouvait faire un exposé suivant le modèle *MacKinlay* « lorsqu'une preuve d'expert a été présentée sur des questions de capacité, lorsque la preuve révèle que l'accusé a consommé une quantité considérable d'alcool ou lorsque l'accusé demande

'capacity' charge as part of his or her defence" (para. 53). Some precision was added to this in *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757, where McLachlin J. (as she then was) stated for the majority, at para. 15, that: "While the two-stage direction is sometimes helpful, a separate charge on capacity is not a legal requirement and its absence will not generally constitute reversible error." However, in *Seymour*, where the trial judge had given a *Canute*-type charge, this Court found a reversible error on the basis that the trial judge had not given a *MacKinlay*-type instruction, since the expert witness had testified in terms of capacity.

Based on her interpretation of Dr. Richardson's evidence, Smith J.A. found that a *MacKinlay*-type charge, as found in *Seymour*, would have been the most appropriate:

> Further, in the instant case, the expert witness testified as to the appellant's lack of *capacity* for judgment (and, in the sense of ability to foresee consequences, therefore his *capacity* for the requisite intent for murder) . . . .
>
> . . . the jury charge also failed to distinguish between the question of lack of *capacity* to form the requisite intention and the question of whether, due to his level of intoxication, the accused *in fact* lacked the requisite intent.
>
> . . .
>
> It is arguable that, as in *R. v. Seymour*, *supra*, the instant case was a case in which a two-step . . . charge would have been preferable. [Emphasis in original; paras. 156-57 and 159.]

However, the expert only clearly testified about lack of capacity for judgment and evaluation of appropriateness, not about lack of capacity for specific intent, specifically the capacity to foresee the consequences of one's act. Therefore, the expert did not testify in the relevant "capacity" language and a *MacKinlay*-type charge was not called for on this basis. It is true that Mr. Daley's counsel did request that a *MacKinlay*-type instruction be given on the

expressément, dans le cadre de sa défense, que des directives soient données sur la question de la "capacité" » (par. 53). Dans *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), s'exprimant pour la majorité, a précisé ce principe : « Bien que l'exposé en deux temps soit parfois utile, des directives distinctes sur la capacité ne sont pas une exigence légale et leur absence ne constituera pas généralement une erreur justifiant annulation. » (par. 15) Toutefois, dans *Seymour*, où le juge du procès avait fait un exposé de type *Canute* et l'expert avait témoigné notamment sur la capacité, la Cour a conclu à une erreur justifiant annulation parce que le juge n'avait pas formulé ses directives suivant le modèle *MacKinlay*.

99 Vu son interprétation du témoignage de M. Richardson, la juge Smith a conclu, à l'instar de la Cour dans *Seymour*, que des directives de type *MacKinlay* auraient été les plus appropriées :

> [TRADUCTION] De plus, en l'espèce, l'expert a témoigné sur l'absence de *capacité* de l'appelant d'exercer son jugement (et par conséquent, au sens de sa capacité de prévoir les conséquences de ses actes, sur sa *capacité* de former l'intention requise pour commettre un meurtre) . . .
>
> . . . l'exposé au jury n'a pas non plus établi de distinction entre la question de l'absence de *capacité* de former l'intention requise et la question de savoir si, compte tenu de son degré d'intoxication, l'accusé n'avait pas, *de fait*, l'intention requise.
>
> . . .
>
> On peut soutenir que, comme dans *R. c. Seymour*, précité, la présente affaire en était une où il aurait été préférable de suivre le modèle en deux temps . . . [En italique dans l'original; par. 156-157 et 159.]

100 Toutefois, l'expert n'a clairement témoigné que sur l'absence de la capacité de juger et d'évaluer l'acceptabilité des comportements, et non sur l'absence de la capacité de former une intention spécifique, plus précisément la capacité de prévoir les conséquences de ses actes. L'expert n'a donc pas témoigné sur la « capacité » pertinente et cet argument ne pouvait servir à justifier un exposé de type *MacKinlay*. Il est vrai que l'avocat de M. Daley a

recharge, and that Kyle J. declined to recharge on this issue, primarily on the basis that he thought this would only serve to confuse the jury. However, given the expert evidence, I find no reversible error in his refusal to do so, and furthermore, I tend to agree with his view that a two-step charge would have only served to confuse the jury. The problem with the *MacKinlay*-type charge was well put by Wood J.A., in *Canute*, at pp. 418-19:

Before us, Crown counsel argued that the full *MacKinlay* charge should now be approved in this province, suggesting that its two-step process was a simple formula for a jury to apply. When asked why a two-step formula would be any more simple to apply than a single test, counsel could not provide any answer.

In fact, as was pointed out in *Korzepa*, the two-step test in *MacKinlay* is inherently confusing. What reason could there be for requiring a jury to struggle with the elusive concept of "capacity to form an intent", when at the end of that exercise they will only be required to turn their consideration to the real legal issue, namely, the actual intent of the accused? The issue of actual intent necessarily renders the question of capacity to form that intent redundant. With respect, it seems that the only likely result of retaining the two-step approach in *MacKinlay*, with its reference to "capacity", would be to confuse the jury into considering something other than the actual intent of the accused .... [Emphasis added.]

101 I am of the view that leaving the door open for the possibility of giving a *MacKinlay*-type charge in *Robinson* was more problematic than beneficial. No injustice is caused to the accused by only instructing the jury to consider actual intent. This was acknowledged in *Seymour*, at para. 26: "Provided that a jury is properly instructed that they must find that the accused possessed the requisite intent, then an accused who was not capable of forming the specific intent for the offence obviously cannot be found to have formed that intent" (emphasis deleted). Notwithstanding this acknowledgment,

demandé que des directives de type *MacKinlay* soient données dans un exposé supplémentaire et que le juge Kyle n'a pas accédé à cette demande, essentiellement parce qu'il croyait que de telles directives ne serviraient qu'à semer la confusion dans l'esprit du jury. Cependant, compte tenu du témoignage de l'expert, j'estime que le refus du juge Kyle ne constitue pas une erreur justifiant annulation et, qui plus est, j'ai tendance à croire, comme lui, qu'un exposé en deux temps n'aurait servi qu'à embrouiller le jury. Dans *Canute*, p. 418-419, le juge Wood a bien expliqué le problème que pose le modèle *MacKinlay* :

[TRADUCTION] L'avocat du ministère public a plaidé devant nous que la totalité de l'exposé proposé dans *MacKinlay* devrait maintenant être approuvé dans cette province, signalant que le processus en deux temps est une formule simple à appliquer pour le jury. Lorsqu'on lui a demandé les raisons pour lesquelles une formule en deux temps serait plus simple à appliquer qu'un critère unique, l'avocat n'a pas su répondre.

En fait, comme on l'a souligné dans *Korzepa*, le processus en deux temps énoncé dans *MacKinlay* est déroutant en soi. Pourquoi devrait-on demander aux jurés de peiner sur le concept nébuleux de la « capacité de former une intention » si, en définitive, ils ne sont tenus de considérer que la véritable question de droit, c.-à-d. celle de l'intention véritable de l'accusé? La question de l'intention véritable rend nécessairement redondante la question de la capacité de former cette intention. En toute déférence, il semble que le maintien de l'approche en deux temps préconisée dans *MacKinlay*, avec sa mention de la « capacité », aurait probablement pour seul résultat de dérouter le jury en l'amenant à prendre en considération autre chose que l'intention véritable de l'accusé . . . [Je souligne.]

Je suis d'avis que le fait de ne pas écarter, dans *Robinson*, le recours à un exposé de type *MacKinlay* a engendré plus de problèmes que de bienfaits. L'accusé ne subit aucune injustice si le jury reçoit seulement pour directive d'examiner l'intention véritable. C'est ce que la Cour a reconnu dans *Seymour*, par. 26 : « Ce n'est que si le jury est bien informé qu'il doit conclure que l'accusé avait l'intention requise, qu'il ne lui sera manifestement pas possible de statuer que l'accusé qui était incapable de former l'intention spécifique nécessaire pour commettre l'infraction a formé cette intention »

and the statement in *Lemky*, however, the Court went on to find a reversible error for a failure to give a two-step charge in *Seymour*. This, I feel, has unfortunately created an incentive for the possibility of bringing an appeal any time the one-step *Canute*-type charge is given, despite this Court's general preference for the one-step charge.

(soulignement omis). Néanmoins, malgré cette affirmation et la déclaration qu'elle avait faite dans *Lemky*, la Cour a conclu, dans *Seymour*, que le juge du procès avait commis une erreur justifiant annulation pour avoir omis de faire un exposé en deux temps. Malheureusement, cette décision a créé un incitatif à interjeter appel chaque fois qu'un juge a recours à un exposé en un temps de type *Canute*, même s'il s'agit du modèle généralement préconisé par la Cour.

The *MacKinlay*-type charge was retained in *Robinson* in order to provide flexibility, but I feel this was at the sacrifice of simplicity and clarity. I agree with Don Stuart's criticism of *Robinson* in this respect:

102 L'exposé de type *MacKinlay* a été maintenu dans *Robinson* par souci d'assurer une certaine souplesse, mais je crois que l'adoption de ce modèle s'est faite aux dépens de la simplicité et de la clarté. Je suis d'accord avec la critique formulée par Don Stuart contre cet aspect de l'arrêt *Robinson* :

It is most unfortunate that the Court left open the possibility that in some cases the two-step direction involving capacity may be appropriate. There is a great deal to be said for the clarity and simplicity of the British Columbia approach for all cases. This *Beard* anomaly should have been fully removed from Canadian law, as it has been by courts in England, New Zealand and Australia.

[TRADUCTION] Il est vraiment regrettable que la Cour n'ait pas écarté la possibilité que, dans certains cas, un exposé en deux temps se rapportant à la capacité soit approprié. De nombreux arguments militent en faveur de la clarté et de la simplicité de l'approche adoptée par la Colombie-Britannique dans tous les cas. L'anomalie créée par l'arrêt *Beard* aurait dû être complètement éliminée du droit canadien, comme elle l'a été par les tribunaux d'Angleterre, de Nouvelle-Zélande et d'Australie.

(D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at p. 427)

(D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (4e éd. 2001), p. 427)

I would therefore recommend that a one-step *Canute*-type charge be used in all future charges on intoxication.

Je recommanderais donc que toutes les directives sur l'intoxication soient formulées à l'avenir selon le modèle en un temps de type *Canute*.

5.2.7 Whether the Trial Judge Should Have Done More to Prevent the Jury From Readily Applying the Common Sense Inference

5.2.7 Le juge du procès aurait-il dû prendre des précautions supplémentaires pour empêcher le jury d'appliquer d'emblée la déduction conforme au bon sens?

Smith J.A. was also of the view that in light of evidence of intoxication, the trial judge should have made greater efforts to stress to the jury that they did not have to draw the common sense inference:

103 La juge Smith était également d'avis que, devant la preuve d'intoxication, le juge du procès aurait dû insister davantage pour faire comprendre aux jurés qu'ils n'étaient pas tenus d'appliquer la déduction conforme au bon sens :

In the case before us, the learned trial judge, in the passage from his charge to the jury quoted above, referred to the "common sense inference", encouraging

[TRADUCTION] En l'espèce, dans le passage tiré de son exposé au jury cité précédemment, le juge du procès a fait référence à la « déduction conforme au bon sens »,

the jury to "use your common sense". While it is true that he also cautioned the jurors that they could draw the common-sense inference only after considering all the evidence, including evidence of the appellant's consumption of alcohol, in my view this instruction failed adequately to explain the *relevance* of the evidence of intoxication in this context and therefore failed to caution the jury that the "common sense inference" might be inapplicable where the effects of severe intoxication affected the accused's ability to foresee the consequences of his actions. [Emphasis in original; para. 161]

104 I am of the view that the trial judge had to do no more than link the common sense inference to the evidence of intoxication, as required by *Seymour*. It seems to me that it will be necessary to instruct the jury on the common sense inference in most cases, for it assists the jury in understanding how they are to conclude whether or not there was the necessary intent: see *Seymour*, at para. 19. So long as the members of the jury are instructed that they are not bound to draw this inference, particularly in light of the evidence of intoxication, which Kyle J. did in this case, I find nothing objectionable about instructions on the common sense inference. I do not think the trial judge must take pains to tell the jury they are not bound to draw the inference where there is evidence of a significant degree of intoxication, as this is a matter of common sense. In this respect, I approve of the comments made by Huddart J.A. in *R. v. Courtereille* (2001), 40 C.R. (5th) 338 (B.C.C.A.), at para. 32:

[The common sense inference] does not die with the first drink. The collective common sense and knowledge of life possessed by twelve jurors is of fundamental importance to the unique value of juries. . . . It is equally good sense and common experience that the effect of alcohol on thought processes is a continuum. . . . The more intoxicated a person becomes, the greater the likelihood that drink will result first in uninhibited conduct, and ultimately in unintended conduct. It is proper to remind the jury that they may use their common sense with respect to this, even if intoxication is advanced, provided the reminder includes the admonition that the inference is permissive and subject to a consideration of the evidence of intoxication.

encourageant les jurés à se « servir de [leur] bon sens ». Bien qu'il les ait aussi mis en garde en leur précisant qu'ils ne pouvaient faire la déduction conforme au bon sens qu'après avoir examiné l'ensemble de la preuve, y compris la preuve de la consommation d'alcool de l'appelant, je crois que cette directive n'a pas suffisamment bien expliqué la *pertinence* de la preuve d'intoxication dans ce contexte. Par conséquent, le jury n'a pas été informé du fait que la « déduction conforme au bon sens » pourrait ne pas s'appliquer dans les cas où, en raison d'une intoxication grave, la faculté de l'accusé de prévoir les conséquences de ses actes a été compromise. [En italique dans l'orginal; par. 161]

J'estime que le juge du procès n'avait qu'à établir un lien entre la déduction conforme au bon sens et la preuve d'intoxication, comme l'exige *Seymour*. Il me semble que, dans la plupart des cas, il faudra expliquer au jury la déduction conforme au bon sens, puisque cela l'aide à comprendre comment déterminer si l'accusé avait ou non l'intention nécessaire : voir *Seymour*, par. 19. Dans la mesure où les jurés sont informés qu'ils ne sont pas tenus de faire cette déduction, en particulier compte tenu de la preuve d'intoxication, comme le juge Kyle les en a informés en l'espèce, je ne vois rien de répréhensible dans les directives sur la déduction conforme au bon sens. Je ne crois pas que le juge du procès doive s'évertuer à dire aux jurés qu'ils ne sont pas tenus de faire cette déduction quand un degré avancé d'intoxication est mis en preuve, puisqu'il s'agit d'une question de bon sens. À cet égard, je souscris aux propos tenus par la juge Huddart dans *R. c. Courtereille* (2001), 40 C.R. (5th) 338 (C.A.C.-B.), par. 32 :

[TRADUCTION] [La déduction conforme au bon sens] ne disparaît pas à la première consommation. Le bon sens collectif et l'expérience de la vie que possèdent les douze jurés sont d'une importance capitale et confèrent une valeur exceptionnelle aux jurys [. . .] Il relève également du bon sens et de l'expérience commune que l'effet de l'alcool sur le processus de la pensée est progressif [. . .] Plus une personne devient ivre, plus il est probable qu'elle perdra d'abord ses inhibitions, et qu'elle finira par perdre la maîtrise de ses actes. Il convient de rappeler aux jurés qu'ils peuvent faire appel à leur bon sens à cet égard, même si le degré d'intoxication est avancé, pourvu qu'on les avertisse que la déduction est facultative et assujettie à un examen de la preuve d'intoxication.

5.2.8 Whether the Trial Judge Failed to Adequately Instruct on the Link Between Credibility and Reasonable Doubt

Finally, given her interpretation of Dr. Richardson's evidence, particularly the significance of alcoholic amnesia on the question of whether Mr. Daley could foresee the consequences of his actions, Smith J.A. found that the trial judge put the appellant's credibility in issue when he made the comment: "In the present case, Wayne Daley simply says that he remembers nothing after he left his garage on the motorcycle, other than the accident. At the time he was arrested, however, he said that he and Teanda had been fighting" (para. 137 (emphasis added)). As a result of this, she felt it was incumbent on Kyle J. to instruct the jury that the rule of reasonable doubt applied to the issue of credibility, according to this Court's decision in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742.

The *W. (D.)* caution is mandatory only in cases where credibility is a central or significant issue. See *R. v. Good* (1998), 102 B.C.A.C. 177, at p. 180: "[*W. (D.)*] applies mainly where the case comes down to a simple and crucial credibility conflict between the evidence of a complainant and the evidence of the accused, and particularly where there are no other relevant extrinsic factors in the evidence." Here, I agree with Vancise J.A. that credibility was not in issue in this case:

> Here, credibility was not an issue. There was no conflict between the evidence of the appellant and any other witness. He simply could not remember. He gave no evidence on the key element in the trial — whether he had the requisite intent to kill or cause bodily harm with the foresight that the likely consequence was death.
>
> . . . There was no conflict between the evidence of the accused and any other person. The appellant could not or would not testify with respect to the events surrounding the death of his partner. The trial judge specifically stated that "If [the jury] have a reasonable doubt about his state of mind you must not conclude that he intended

5.2.8 Le juge du procès a-t-il donné des directives adéquates au jury sur le lien entre la crédibilité et le doute raisonnable?

105 Enfin, compte tenu de son interprétation du témoignage de M. Richardson et plus particulièrement de la portée de l'amnésie alcoolique sur la question de savoir si M. Daley pouvait prévoir les conséquences de ses actes, la juge Smith a conclu que le juge du procès a mis en cause la crédibilité de l'appelant lorsqu'il a déclaré : [TRADUCTION] « En l'espèce, Wayne Daley affirme simplement n'avoir aucun souvenir de ce qui s'est passé après qu'il a quitté son garage sur sa motocyclette, sauf d'avoir eu un accident. Toutefois, au moment de son arrestation, il a dit que lui et Teanda s'étaient disputés » (par. 137 (je souligne)). Par conséquent, elle a estimé qu'il incombait au juge Kyle d'informer le jury que, selon la décision de la Cour dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, la règle du doute raisonnable s'appliquait à cette question de crédibilité.

106 La mise en garde formulée dans *W. (D.)* est obligatoire uniquement dans les cas où la question de la crédibilité est fondamentale ou importante. Voir *R. c. Good* (1998), 102 B.C.A.C. 177, p. 180 : [TRADUCTION] « [*W. (D.)*] s'applique principalement dans les cas qui se résument à un conflit simple et décisif quant à la crédibilité du témoignage du plaignant par rapport à celui de l'accusé, notamment lorsque la preuve ne révèle aucun autre facteur extrinsèque pertinent. » Comme le juge Vancise, j'estime que la crédibilité n'était pas un enjeu en l'espèce :

> [TRADUCTION] En l'espèce, la crédibilité n'était pas un enjeu. Il n'existait aucun conflit entre le témoignage de l'appelant et ceux des autres témoins. Il n'avait tout simplement aucun souvenir. Il n'a présenté aucun élément de preuve sur ce qui était au cœur du litige — soit sur la question de savoir s'il avait ou non l'intention requise pour tuer ou causer des lésions corporelles, en prévoyant que la mort s'ensuivrait probablement.
>
> . . . Il n'y avait aucun conflit entre le témoignage de l'accusé et celui d'une autre personne. L'appelant ne pouvait ou ne voulait pas témoigner sur les événements entourant le décès de sa conjointe. Le juge du procès a dit expressément : « Si vous avez un doute raisonnable à propos de son état d'esprit, vous ne devez pas conclure

or meant to bring about the predictable consequences of what he did." [paras. 46-47]

Therefore, there was no obligation on Kyle J. to give a specific instruction linking the credibility of the appellant with reasonable doubt.

6. Disposition

107 For the above reasons, I would dismiss the appeal.

The reasons of Binnie, LeBel, Fish and Charron JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

108 The appellant stands convicted of murder. His defence was that he was so intoxicated as to lack the culpable intent — more particularly, the subjective foresight — that is a requisite element of that offence. There is no dispute that the appellant had consumed an enormous quantity of alcohol and that he was, at the relevant time, in an advanced state of intoxication.

109 According to one witness, the appellant was "out of his mind drunk" and "could barely stand up". According to another, he was "falling all over the place" and "pretty out of it". A pharmacologist called as an expert testified that "a person in that kind of gross state of drunkenness" would not be "anticipating the consequences of what [they are] doing".

110 Nowhere in his charge to the jury did the trial judge refer to *any* of this evidence. Nowhere did he set out, however briefly, the position of the defence on this decisive issue. Nowhere did he draw the jury's attention, however summarily, to the evidence capable of supporting that position. Nowhere in the "decision tree" remitted by the trial judge to the jury is there *any reference at all* to the appellant's state of intoxication or its effect on the requirement of foresight that was an essential element of the charge. On the contrary, the judge's

qu'il avait l'intention de produire les conséquences prévisibles de ce qu'il a fait. » [par. 46-47]

Par conséquent, le juge Kyle n'avait aucune obligation de donner des directives spécifiques établissant un lien entre la crédibilité de l'appelant et le doute raisonnable.

6. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel, Fish et Charron rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

L'appelant a été déclaré coupable de meurtre. Il a fait valoir comme moyen de défense qu'il était intoxiqué au point de ne pas avoir l'intention coupable — plus particulièrement, la prévision subjective — qui constitue un élément essentiel de cette infraction. Nul ne conteste que l'appelant avait consommé une énorme quantité d'alcool et qu'il se trouvait, au moment pertinent, dans un état d'intoxication avancé.

Selon un témoin, l'appelant était [TRADUCTION] « ivre mort » et « pouvait à peine tenir debout ». Selon un autre témoin, il « tombait partout » et il était « vraiment chaud ». Un pharmacologue cité comme témoin expert a déclaré qu' « une personne dans un état d'ivresse aussi flagrant » ne pouvait « anticipe[r] [. . .] les conséquences de ses actes ».

Nulle part dans son exposé au jury le juge du procès n'a-t-il fait état *d'un seul* de ces éléments de preuve. Nulle part n'a-t-il, ne serait-ce que brièvement, exposé la thèse de la défense sur cette question décisive. Nulle part n'a-t-il attiré l'attention du jury, même sommairement, sur la preuve susceptible d'étayer cette thèse. Nulle part dans l'« arbre décisionnel » que le juge du procès a remis au jury n'est-il fait *quelque mention que ce soit* de l'état d'intoxication de l'appelant ou de l'incidence de celle-ci sur le critère de la prévision qui constituait

references to the evidence were limited to discrediting the appellant's defence. To make all of this plain, I shall reproduce the relevant extracts from the record.

Except for purposes of emphasis or illustration, it will be unnecessary for me to include a detailed review of the facts: Justice Bastarache, in his careful and extensive reasons, has set out fully and fairly the principal items of evidence adduced at trial. Unfortunately, as we shall see, the trial judge did not do that. Nor did he relate that evidence to the defence that it was capable of supporting as a matter of law. The jury was thereby prevented from properly exercising its right and discharging its duty — a right and a duty that are not ours — to weigh the relevant evidence and to determine its significance in rendering a verdict that by law is a jury's alone.

Like Smith J.A., dissenting in the Court of Appeal, I believe the judge's charge to the jury "failed adequately to put to the jury the defence of intoxication that was raised on the evidence in this case, and, in particular, failed adequately to direct the jury to the question of whether intoxication could have affected the accused's ability to foresee the likely consequences of his actions, sufficient to raise a reasonable doubt as to whether he had the necessary intention for a conviction for murder" ((2006), 212 C.C.C. (3d) 290, at para. 104).

With respect for the contrary opinion of Justice Bastarache, I would therefore allow the appeal, quash the appellant's conviction and order a new trial on the charge as laid.

II

Justice Bastarache has listed the eight required elements of a trial judge's charge to the jury (para. 29). For ease of reference, I reproduce that list here:

1. instruction on the relevant legal issues, including the charges faced by the accused;

un élément essentiel de l'accusation. Au contraire, le juge n'a fait allusion à ces éléments de preuve que pour discréditer la défense de l'appelant. J'y reviendrai, exemples à l'appui.

111 Je ne crois pas utile de procéder à un examen détaillé des faits, si ce n'est pour appuyer ou illustrer mon propos : le juge Bastarache, dans des motifs étoffés et soigneusement rédigés, a exposé équitablement tous les principaux éléments de preuve produits au procès. Malheureusement, comme nous le verrons, le juge du procès n'en a pas fait autant. Pas plus qu'il n'a rattaché cette preuve à la défense qu'elle était susceptible d'étayer en droit. Le jury a de ce fait été empêché de bien exercer son droit et s'acquitter de son devoir — un droit et un devoir qui ne sont pas nôtres — d'apprécier les éléments de preuve pertinents et d'en déterminer la portée pour rendre un verdict qui, selon la loi, relève exclusivement du jury.

112 À l'instar de la juge Smith, dissidente en Cour d'appel, je crois que l'exposé du juge [TRADUCTION] « n'a pas présenté adéquatement au jury la défense d'intoxication qui découlait de la preuve soumise en l'espèce et, en particulier, ne lui a pas donné de directives adéquates sur la question de savoir si l'intoxication aurait pu avoir une incidence sur la capacité de l'accusé de prévoir les conséquences probables de ses actes, au point de soulever un doute raisonnable quant à savoir s'il avait l'intention nécessaire pour être déclaré coupable de meurtre » ((2006), 212 C.C.C. (3d) 290, par. 104).

113 Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par le juge Bastarache, je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appelant et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement à l'accusation portée contre lui.

II

114 Le juge Bastarache a dressé une liste des huit éléments essentiels que le juge du procès doit inclure dans son exposé au jury (par. 29). Par souci de commodité, je la reproduis ici :

1. des directives sur les questions de droit pertinentes, dont les accusations portées contre l'accusé;

2. an explanation of the theories of each side;
3. a review of the salient facts which support the theories and case of each side;
4. a review of the evidence relating to the law;
5. a direction informing the jury they are the masters of the facts and it is for them to make the factual determinations;
6. instruction about the burden of proof and presumption of innocence;
7. the possible verdicts open to the jury; and
8. the requirements of unanimity for reaching a verdict.

115 Only the first four requirements are in issue on this appeal. That they must form part of every charge is not in dispute: The question is whether they were satisfied in this case.

116 I have concluded that they were not and find it useful, in explaining my conclusion, to first refer briefly to some of the leading authorities. As we shall see, they all emphasize the duty of a trial judge to identify the issues in the case; to summarize, *clearly and fairly*, the respective positions (or "theories") of the prosecution and the defence; to draw the jury's attention to the evidence that supports each of these theories; and, finally, to relate the main items of evidence to the applicable rules of law.

117 It has been the law for more than a hundred years that "[e]very party to a trial by jury has a legal and constitutional right to have the case which he has made either in pursuit or in defence, fairly submitted to the consideration of that tribunal" (*Bray v. Ford*, [1896] A.C. 44 (H.L.), at p. 49 (emphasis added), approved by Nesbitt J. in *Spencer v. Alaska Packers Association* (1904), 35 S.C.R. 362, at p. 367, and reaffirmed in *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495, at pp. 497-98).

118 Few judicial pronouncements on the subject have surpassed — for clarity, simplicity and economy of language — this statement of the law in *Azoulay*:

The rule which has been laid down, and consistently followed is that in a jury trial the presiding judge must,

2. une explication de la thèse de chaque partie;
3. une récapitulation des faits saillants à l'appui des prétentions et de la thèse de chaque partie;
4. une récapitulation de la preuve rattachée au droit;
5. une directive précisant au jury qu'il est le maître des faits et que c'est lui qui doit statuer sur les faits;
6. des directives au sujet du fardeau de la preuve et de la présomption d'innocence;
7. les verdicts possibles;
8. les exigences relatives à l'unanimité du verdict.

Seuls les quatre premiers éléments sont en cause dans le pourvoi. L'obligation de les inclure dans tout exposé n'est pas contestée. Il s'agit plutôt de savoir s'il y a été satisfait en l'espèce.

J'ai conclu que non. Pour expliquer ma conclusion, j'estime utile de mentionner d'abord certains arrêts de principe. Comme nous le verrons, ces arrêts mettent tous en relief l'obligation du juge du procès de définir les questions en litige dans l'affaire, de résumer *clairement et équitablement* les thèses (ou « positions ») respectives de la poursuite et de la défense, d'attirer l'attention du jury sur la preuve qui étaye chacune de ces thèses et, enfin, de rattacher les principaux éléments de preuve aux règles de droit applicables.

Depuis plus de cent ans, il est établi en droit que [TRADUCTION] « [c]haque partie à un procès devant jury a un droit constitutionnel et reconnu par la loi de voir la preuve qu'elle a soumise, soit en poursuite, soit en défense, présentée équitablement à ce tribunal » (*Bray c. Ford*, [1896] A.C. 44 (H.L.), p. 49 (je souligne), approuvé par le juge Nesbitt dans *Spencer c. Alaska Packers Association* (1904), 35 R.C.S. 362, p. 367, et confirmé dans *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495, p. 497-498).

Rares sont les décisions judiciaires sur le sujet qui ont surpassé — en clarté, en simplicité et en concision — l'énoncé du droit formulé dans l'arrêt *Azoulay* :

[TRADUCTION] La règle qui a été établie et constamment suivie veut que, dans un procès devant jury, le

except in rare cases where it would be needless to do so, review the substantial parts of the evidence, and give the jury the theory of the defence, so that they may appreciate the value and effect of that evidence, and how the law is to be applied to the facts as they find them.

(Taschereau J., for the majority, at pp. 497-98)

Azoulay reaffirmed in particularly felicitous terms the governing principles set out a half-century earlier in the cases I have mentioned. And these principles have in turn been repeatedly reaffirmed during the half-century since. In *R. v. MacKay*, [2005] 3 S.C.R. 607, 2005 SCC 75, for example, McLachlin C.J., citing *Azoulay*, emphasized that "[t]he function of instructions to the jury is to 'explain the relevant law and so relate it to the evidence that the jury may appreciate the issues or questions they must pass upon in order to render a verdict of guilty or not guilty'" (pp. 607-8 (emphasis added)).

Where this can be fairly achieved in short compass, a compact but focused charge is without question preferable to a laborious and indiscriminate recitation from the transcripts of the judge's notebook. But brevity is no virtue where the charge, for that reason or any other, lacks clear direction as to the issues, or fails to relate the issues to the material facts, or neglects to summarize the respective positions of the parties or to draw the jury's attention clearly and fairly to the specific evidence that supports either position.

The scope of the judge's duty to explain the respective positions of the parties, and the manner in which it must be discharged, were summarized this way in *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220, at p. 227 (citing Goddard L.C.J. in *R. v. Clayton-Wright* (1948), 33 Cr. App. R. 22, at p. 29):

The duty of the Judge . . . is adequately and properly performed . . . if he puts before the jury clearly and

juge qui préside l'audience doive, sauf dans les rares cas où il serait inutile de le faire, passer en revue les parties essentielles de la preuve et exposer au jury la thèse de la défense afin de lui permettre d'apprécier la valeur et l'incidence de cette preuve, et la façon d'appliquer le droit aux faits constatés.

(Le juge Taschereau, s'exprimant au nom des juges majoritaires, p. 497-498.)

119 L'arrêt *Azoulay* a réaffirmé en des termes particulièrement heureux les principes applicables énoncés un demi-siècle plus tôt dans les arrêts mentionnés précédemment. Ces principes ont ensuite été maintes fois reconnus au cours du demi-siècle qui a suivi. Par exemple, dans *R. c. MacKay*, [2005] 3 R.C.S. 607, 2005 CSC 75, la juge en chef McLachlin, citant l'arrêt *Azoulay*, a souligné que « [l]es directives au jury ont pour but [TRADUCTION] "d'expliquer le droit applicable et d'établir le lien entre ce droit et la preuve de façon que le jury saisisse bien les questions auxquelles il doit répondre pour rendre un verdict de culpabilité ou d'acquittement" » (p. 607-608 (je souligne)).

120 Lorsqu'il est possible d'atteindre équitablement ce but en peu de mots, un exposé bref mais précis est sans aucun doute préférable à une récitation laborieuse et non épurée de la transcription des notes du juge. Mais la concision n'est pas une vertu lorsque l'exposé, pour cette raison ou pour une autre, ne donne pas de directives claires quant aux questions en litige, n'établit pas de lien entre ces questions et les faits pertinents, ne résume pas les thèses respectives des parties ou n'attire pas, clairement et équitablement, l'attention du jury sur les éléments de preuve précis qui étayent l'une et l'autre de ces thèses.

121 Citant les propos du lord juge en chef Goddard dans *R. c. Clayton-Wright* (1948), 33 Cr. App. R. 22, p. 29, l'arrêt *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220, p. 227, a résumé comme suit l'étendue de l'obligation qui incombe au juge d'expliquer les thèses respectives des parties et la façon dont il doit être satisfait à cette obligation :

[TRADUCTION] Le juge s'acquitte . . . adéquatement et convenablement de son devoir . . . s'il présente

fairly the contentions on either side, omitting nothing from his charge, so far as the defence is concerned, of the real matters upon which the defence is based. He must give . . . a fair picture of the defence . . . .

The rule is simple and implements the fundamental principle that an accused is entitled to a fair trial, to make a full answer and defence to the charge, and to these ends, the jury must be adequately instructed as to what his defence is by the trial Judge. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

122 The judge's duty to direct the jury's attention to significant evidence capable of supporting a defence extends to *any defence raised by the record, whether advanced by the accused or not.* See *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, where the Court held (at p. 126):

It is well established that it is the duty of a trial judge in giving directions to a jury to draw to their attention and to put before them fairly and completely the theory of the defence. In performing this task, it is also clear that the trial judge must put before the jury any defences which may be open to the accused upon the evidence whether raised by the accused's counsel or not. He must give all necessary instructions on the law relating to such defences, review the relevant evidence and relate it to the law applicable. [Emphasis added.]

123 These principles were well established long before *Pappajohn*. Decades earlier, the Court held in *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609, at p. 616:

There is no doubt that in the trial court an accused person is ordinarily entitled to rely upon all alternative defences for which a foundation of fact appears in the record, and, in my opinion, it makes no difference whether the evidence which forms that foundation has been given by the witnesses for the Crown or for the accused, or otherwise. What is essential is that the record contains evidence which, if accepted by the jury, would constitute a valid defence to the charge laid. Where such evidence appears it is the duty of the trial judge to call the attention of the jury to that evidence and instruct them in reference thereto. [Emphasis added.]

124 Finally, trial judges must take care "to preserve th[e] balance between the case for the prosecution and the case for the defence which is so essential to

clairement et équitablement les prétentions des deux parties, n'omettant dans son exposé, en ce qui concerne la défense, aucun des fondements réels de la défense. Il doit présenter . . . une image juste de la défense . . .

La règle est simple et met en œuvre le principe fondamental selon lequel l'accusé a droit à un procès équitable, et à une défense pleine et entière contre l'accusation et, à ces fins, le jury doit recevoir du juge du procès des directives adéquates concernant sa défense. [Je souligne; italique dans l'original omis.]

L'obligation qui incombe au juge d'attirer l'attention du jury sur les éléments de preuve importants susceptibles d'étayer une défense s'applique à *tous les moyens de défense qui ressortent du dossier, que l'accusé les ait invoqués ou non.* Voir *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, où la Cour a conclu (p. 126) :

Il est bien établi que dans ses directives, le juge du procès a l'obligation d'attirer l'attention du jury sur la thèse de la défense et de la lui soumettre équitablement et en entier. Dans l'accomplissement de cette tâche, il est clair aussi que le juge doit soumettre au jury tous les moyens de défense que l'accusé peut faire valoir étant donné la preuve, que son avocat les ait soulevés ou non. Il doit lui donner toutes les directives nécessaires sur le droit relatif à ces moyens de défense, résumer la preuve pertinente et la relier au droit applicable. [Je souligne.]

Ces principes étaient bien établis longtemps avant que l'arrêt *Pappajohn* ne soit rendu. En effet, des décennies auparavant, la Cour avait statué ainsi dans *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609, p. 616 :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute qu'au procès, l'accusé a normalement le droit d'invoquer tout moyen de défense subsidiaire dont le fondement factuel ressort du dossier et, selon moi, il importe peu que la preuve qui constitue ce fondement ait été présentée par les témoins du ministère public, par ceux de l'accusé, ou autrement. L'essentiel, c'est que le dossier contienne une preuve qui, si elle est retenue par le jury, constituerait une défense valide contre l'accusation qui a été déposée. En présence d'une telle preuve, le juge du procès a le devoir de la porter à l'attention des jurés et de leur donner des directives à son égard. [Je souligne.]

Enfin, le juge du procès doit veiller à [TRADUCTION] « préserver l'équilibre, si essentiel à la tenue d'un procès équitable, entre la cause de

a fair trial" (A. E. Popple, ed., *Canadian Criminal Procedure (Annotations), 1952* (1953), at p. 16). And in reviewing the evidence, they must take care as well to avoid misstatements and omissions of material facts, misinterpretations of the evidence and improper comments on the facts (*ibid.*).

la poursuite et celle de la défense » (A. E. Popple, dir., *Canadian Criminal Procedure (Annotations), 1952* (1953), p. 16). De même, lorsqu'il récapitule la preuve, le juge doit s'efforcer d'éviter la présentation inexacte ou l'omission d'un fait pertinent, les erreurs d'interprétation de la preuve et les observations inopportunes sur les faits (*ibid.*).

With these established principles in mind, I turn now to the judge's charge in this case. 125

C'est en gardant à l'esprit ces principes bien établis, que j'examinerai maintenant l'exposé présenté par le juge en l'espèce.

III

III

I agree with Justice Bastarache (at para. 33) that the central issue in this case was whether the appellant, by reason of his intoxication, lacked the culpable intent that is an essential element of murder. More precisely, the decisive question was whether the jury was satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant, drunk as he was, either meant to cause the victim's death or meant to cause her bodily harm that he knew was likely to cause her death and was reckless whether death ensued or not. 126

Je conviens avec le juge Bastarache (par. 33) que la question fondamentale en l'espèce était de savoir si l'appelant, du fait de son intoxication, n'avait pas l'intention coupable qui constitue un élément essentiel de l'infraction de meurtre. Plus précisément, il s'agissait de déterminer si le jury était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appelant, dans l'état d'ivresse où il se trouvait, avait l'intention soit de causer la mort de la victime, soit de lui infliger des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer sa mort, et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non.

It is thus hardly surprising that most of the evidence adduced by the defence related to the accused's extreme intoxication and its likely effect on his capacity to form the requisite culpable intent — or its effect on his actual intent, if he did have that capacity. And the appellant called an expert witness to testify to the effect of extreme intoxication on his mental state, including his ability to foresee the consequences of his actions. 127

Il n'est donc guère étonnant que la plupart des éléments de preuve produits par la défense se soient rapportés à l'intoxication extrême de l'accusé et à l'incidence probable de celle-ci sur sa capacité de former l'intention coupable requise — ou à son incidence sur son intention véritable, s'il avait effectivement cette capacité. En outre, l'appelant a cité un témoin expert pour qu'il explique l'effet de l'intoxication extrême sur son état d'esprit, y compris sur sa capacité de prévoir les conséquences de ses actes.

In this light, I find it fatal to the judge's charge that it included *no mention at all* of the appellant's position that he lacked the requisite *mens rea* to commit murder because his extreme intoxication rendered him incapable of foreseeing the consequences of his actions. Indeed, the trial judge's only references to intoxication *as a defence* were couched in general terms, with no reference at all to the specific facts capable of supporting that defence 128

Vu ce qui précède, j'estime fatal pour l'exposé du juge qu'il ne contienne *aucune mention* de la thèse de l'appelant selon laquelle il n'avait pas la *mens rea* requise pour commettre un meurtre parce que son intoxication extrême le rendait incapable de prévoir les conséquences de ses actes. D'ailleurs, le juge du procès a fait allusion à l'intoxication *comme moyen de défense* uniquement en termes généraux, sans jamais mentionner de faits précis susceptibles

in this case. This was the tenor of his instructions regarding the appellant's defence of intoxication:

> To prove murder, Crown counsel must prove beyond a reasonable doubt that Wayne Daley had the intent to kill or to cause bodily harm, knowing that it was likely to cause death. To decide whether he had that intent you should take into account the evidence about his consumption of alcohol along with all the rest of the evidence which throws light on his state of mind at the time the offence was allegedly committed.
>
> . . .
>
> Evidence about how much alcohol he had consumed over how long has shed some light on his state of mind .... [A.R., at pp. 15-16]

129 In my view, these very general references to the appellant's defence of intoxication do not pass muster under any of the authorities mentioned above or by Justice Bastarache.

130 With respect, moreover, the inadequacy of the judge's charge in this regard was compounded by a striking omission in the detailed decision tree he remitted to the jury as a roadmap to their verdict. It contained *no reference at all* to the accused's intoxication and how it related to their determination of his innocence or guilt. If the judge's instructions failed — as I believe they did — to explain the position of the defence clearly and fairly, the judge's decision tree adds an additional layer of concern. Taken together, the charge and the decision tree conveyed to the jury an inadequate and incomplete understanding of the issues the jury was required to consider in reaching its verdict.

131 In my view, the judge's instructions thus failed to satisfy the governing principles applicable to *all* jury charges: Read as a whole, as they must be, the instructions were neither complete, nor accurate, nor balanced (a matter to which I shall later return). More particularly, the instructions do not satisfy the specific requirements on a trial for murder under

d'étayer ce moyen de défense en l'espèce. Voici la teneur de ses directives sur la défense d'intoxication invoquée par l'appelant :

> [TRADUCTION] Pour prouver l'infraction de meurtre, le ministère public doit démontrer hors de tout doute raisonnable que Wayne Daley avait l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer la mort. Pour déterminer s'il avait cette intention, vous devez prendre en considération la preuve de sa consommation d'alcool, de même que tous les autres éléments de preuve qui révèlent quel était son état d'esprit au moment où l'infraction aurait été commise.
>
> . . .
>
> La preuve concernant la quantité d'alcool qu'il avait consommée et la période sur laquelle s'est échelonnée sa consommation vous fournit des indications sur son état d'esprit . . . [d.a., p. 15-16]

À mon avis, ces allusions très générales à la défense d'intoxication invoquée par l'appelant ne sauraient résister à un examen fondé sur l'un ou l'autre des arrêts mentionnés précédemment ou dans les motifs du juge Bastarache.

J'ajouterai, en toute déférence, que ce vice dans l'exposé du juge a été aggravé par une omission frappante dans l'arbre décisionnel détaillé qu'il a remis au jury pour le guider vers son verdict. Cet arbre ne contenait *aucune mention* de l'intoxication de l'accusé et de son rapport avec la décision des jurés quant à son innocence ou à sa culpabilité. Si, comme je le crois, les directives du juge n'expliquaient pas clairement et équitablement la position de la défense, son arbre décisionnel accentue encore le problème. Considérés cumulativement, l'exposé et l'arbre décisionnel ont transmis au jury une perception inexacte et incomplète des questions qu'il devait examiner pour rendre son verdict.

Selon moi, les directives du juge ne respectaient donc pas les principes applicables à *tous* les exposés au jury : si on les considère dans leur ensemble, comme il se doit, elles n'étaient ni complètes, ni exactes, ni équilibrées (point sur lequel je reviendrai). Plus précisément, les directives ne satisfaisaient pas aux exigences particulières applicables

s. 229(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, where there is evidence of extreme intoxication, as there was here.

In cases of this sort it was incumbent upon the trial judge to instruct the jury as to the effect of extreme intoxication on the requisite *mens rea* for murder under s. 229(*a*) and, more precisely, its bearing on the foresight requirement under s. 229(*a*)(ii): *R. v. Seymour*, [1996] 2 S.C.R. 252. Speaking for the Court in *Seymour*, Cory J. explained (at para. 22):

> One of the effects of severe intoxication is an inability to foresee the consequences of one's actions, much less intend them. It was for this reason that the Ontario Court of Appeal in *MacKinlay*, *supra*, at p. 322, held that the state of mind required to commit the crime described in s. 229(*a*)(ii) involves an ability on the part of the accused to measure or foresee the consequences of his act and that, therefore, the jury should consider whether intoxication affected his ability to have the required foresight.

Accordingly, where intoxication has been put to the jury as a defence to a charge under s. 229(*a*)(ii), the trial judge is required to direct the jury *expressly* "that the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused, at the time of the offence, actually foresaw the natural consequences of his or her act, i.e., the death of the victim": *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757, at para. 15 (emphasis deleted). That is to say, the trial judge is bound to explain clearly and specifically that the Crown must prove "beyond a reasonable doubt that the accused . . . intended to kill or cause bodily harm with the foresight that the likely consequence was death": *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683, at para. 48.

In *R. v. Berrigan* (1998), 127 C.C.C. (3d) 120, the British Columbia Court of Appeal set aside the appellant's conviction and ordered a new trial on the ground that the trial judge "did not give the jury a specific instruction relating the evidence of

à un procès pour meurtre fondé sur l'al. 229*a*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, dans les cas où il y a preuve d'intoxication extrême, comme en l'espèce.

132 Dans les affaires de ce genre, il incombe au juge du procès de donner des directives au jury quant à l'effet de l'intoxication extrême sur la *mens rea* requise pour l'infraction de meurtre décrite à l'al. 229*a*) et, plus précisément, quant à son incidence sur l'exigence de la prévision posée par le sous-al. 229*a*)(ii) : *R. c. Seymour*, [1996] 2 R.C.S. 252. S'exprimant au nom de la Cour dans *Seymour*, le juge Cory a expliqué ceci (par. 22) :

> L'un des effets de l'intoxication grave est l'incapacité de prévoir, et encore moins de vouloir, les conséquences de ses actes. C'est pour cette raison que la Cour d'appel de l'Ontario a, dans l'arrêt *MacKinlay*, précité, à la p. 322, conclu que l'état d'esprit requis pour commettre le crime décrit au sous-al. 229*a*)(ii) comporte la capacité de l'accusé d'évaluer ou de prévoir les conséquences de ses actes et que, par conséquent, le jury devrait se demander si l'intoxication a eu une incidence sur cette capacité.

133 Ainsi, lorsque l'intoxication a été soumise au jury à titre de moyen de défense contre une accusation fondée sur le sous-al. 229*a*)(ii), le juge du procès doit dire *expressément* au jury « que le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que, au moment de la perpétration de l'infraction, l'accusé prévoyait véritablement les conséquences naturelles de son acte, c'est-à-dire la mort de la victime » : *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757, par. 15 (soulignement omis). C'est donc dire que le juge du procès doit expliquer d'une manière claire et précise que le ministère public est tenu de prouver « hors de tout doute raisonnable que l'accusé [. . .] avait l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles, en prévoyant que la mort s'ensuivrait probablement » : *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, par. 48.

134 Dans l'arrêt *R. c. Berrigan* (1998), 127 C.C.C. (3d) 120, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant et ordonné la tenue d'un nouveau procès au motif que le juge du procès

the appellant's intoxication to the ability to foresee the consequences of his actions under s. 229(*a*)(ii)" (para. 14 (emphasis added)). Speaking for a unanimous court, Donald J.A. held:

> This, in my view, was a material omission because the jury may have concluded that anyone would know that 11 stab wounds were likely to cause death. The jury should have been told of the potential effect of an intoxicating drug on a person's ability to measure or foresee the consequences of his or her actions. [para. 14]

This proposition was affirmed, three years later, in *R. v. Hannon* (2001), 159 C.C.C. (3d) 86, 2001 BCCA 566.

135 Like Smith J.A., I believe that *Berrigan* and *Hannon* adopted the correct approach. It is insufficient for the jury to be told, in general terms, that alcohol may affect intention. A more specific instruction is mandatory to ensure that the jury understands the impact of intoxication on the foresight requirement under s. 229(*a*)(ii). As David Watt explains:

> In some cases, for example in murder as defined in ss. 229(a)(ii) and 229(b), the mental element P must prove includes elements of intention and subjective foresight. In these cases, it is important that jurors understand that evidence of intoxication may raise a reasonable doubt whether D actually foresaw the consequences of his or her conduct.
>
> (*Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (2005), at p. 829)

136 I agree with Justice Bastarache that there is no particular phrase that must be used in delivering this message. With respect, however, we are not concerned here with the terms in which the required instruction was given: our concern, rather, is with the fact that the required instruction *was not given at all.*

137 Nothing in the judge's instructions informed the jury how to apply the governing law to the facts as

[TRADUCTION] « n'avait pas donné au jury de directive précise rattachant la preuve d'intoxication de l'appelant à la capacité de prévoir les conséquences de ses actes requise par le sous-al. 229*a*)(ii) » (par. 14 (je souligne)). S'exprimant au nom d'une cour unanime, le juge Donald a conclu :

> [TRADUCTION] J'estime qu'il s'agissait d'une omission importante parce que le jury pouvait conclure que tout le monde aurait su que 11 coups de couteau étaient de nature à causer la mort. Il aurait fallu informer le jury de l'effet possible d'une drogue intoxicante sur la capacité d'une personne de mesurer ou de prévoir les conséquences de ses actes. [par. 14]

Ce principe a été confirmé trois ans plus tard dans l'arrêt *R. c. Hannon* (2001), 159 C.C.C. (3d) 86, 2001 BCCA 566.

À l'instar de la juge Smith, je crois que la démarche adoptée dans les arrêts *Berrigan* et *Hannon* est celle qui doit être retenue. Il ne suffit pas de dire au jury, en des termes généraux, que l'alcool peut avoir un effet sur l'intention. Une directive plus précise s'impose pour s'assurer que le jury comprenne l'incidence de l'intoxication sur l'exigence de la prévision posée par le sous-al. 229*a*)(ii). Comme David Watt l'explique :

> [TRADUCTION] Dans certains cas, par exemple celui du meurtre décrit au sous-al. 229a)(ii) et à l'al. 229b), l'élément moral que P doit établir comporte des éléments d'intention et de prévision subjective. Dans ces cas-là, il est important que les jurés comprennent que la preuve d'intoxication peut soulever un doute raisonnable quant à savoir si D a véritablement prévu les conséquences de sa conduite.
>
> (*Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (2005), p. 829)

Je conviens avec le juge Bastarache que, pour transmettre ce message, les juges ne sont pas tenus de prononcer une formule consacrée. Je crois toutefois, en toute déférence, que le problème dont nous sommes saisis ne concerne pas les termes dans lesquels la directive requise a été donnée, mais réside dans *l'absence totale* d'une telle directive.

L'exposé aux jurés ne leur expliquait nullement comment appliquer les règles de droit pertinentes

they found them on this decisive issue in the case. The jurors were never told that extreme intoxication was a defence to the charge of murder if it raised in their minds a reasonable doubt whether the appellant realized that death was a likely consequence of his actions. Nor were they given the required guidance in determining whether this defence had been made out. As I have mentioned already, and will presently demonstrate, the attention of the jurors was not drawn to the evidence indicating how intoxicated the appellant in fact was. They were not told that persons who are extremely intoxicated may for that reason fail to appreciate the consequences of their conduct. And they were not instructed that if the appellant, on account of his extreme intoxication, failed to appreciate that his assaultive behaviour was likely to cause the death of his partner, then he necessarily lacked the culpable intent that was an essential element of the murder charge.

aux faits qu'ils tiendraient pour avérés sur cette question déterminante. Le juge du procès n'a jamais dit aux jurés que l'intoxication extrême constituait un moyen de défense contre un accusation de meurtre, si elle soulevait dans leur esprit un doute raisonnable quant à la conscience qu'avait l'appelant du fait que la mort était une conséquence vraisemblable de ses actes. Il ne leur a pas non plus indiqué, comme il le devait, comment déterminer si ce moyen de défense devait être retenu. Comme je l'ai déjà mentionné et je m'apprête à le démontrer, le juge n'a pas attiré l'attention des jurés sur les éléments de preuve révélant le degré réel d'intoxication de l'appelant et il n'a pas précisé que les personnes extrêmement intoxiquées peuvent, pour cette raison, ne pas se rendre compte des conséquences de leur conduite. Enfin, le juge n'a pas mentionné que si l'appelant, en raison de son intoxication extrême, ne s'est pas rendu compte du fait que son comportement violent allait vraisemblablement causer la mort de sa conjointe, il n'avait manifestement pas l'intention coupable qui constitue un élément essentiel de l'accusation de meurtre.

The judge merely recited the text of s. 229(*a*)(ii) of the *Criminal Code* and instructed the jury, in general terms, to consider "the evidence about [Mr. Daley's] consumption of alcohol along with all the rest of the evidence which throws light on his state of mind at the time the offence was allegedly committed".

138 Le juge s'est contenté de réciter le texte du sous-al. 229*a*)(ii) du *Code criminel* et de demander au jury, en des termes généraux, de prendre en considération la [TRADUCTION] « preuve de [la] consommation d'alcool [de M. Daley], de même que les autres éléments de preuve qui ré[vélaient] quel était son état d'esprit au moment où l'infraction aurait été commise ».

The law presumes the collective wisdom and intelligence of the jurors who for centuries have served, and continue to serve, the cause of justice well. But the law makes no assumption as to their knowledge of the legal principles they are bound to apply. Nor does the law assume that jurors will appreciate the legal significance of the evidence they have heard — even in the absence of appropriate instructions from the presiding judge. That is why appropriate instructions are and must be given by the trial judge. Unfortunately, this was not done here.

139 Le droit tient pour acquises la sagesse et l'intelligence collectives des jurés, qui ont bien servi la cause de la justice depuis des siècles et continuent de le faire. Mais le droit ne présume pas de leur connaissance des principes juridiques qu'ils doivent appliquer. Pas plus qu'il ne tient pour acquis qu'ils peuvent — même en l'absence de directives appropriées de la part du juge qui préside — apprécier la portée juridique de la preuve qu'ils ont entendue. Voilà pourquoi le juge du procès leur donne des directives appropriées, et est tenu de le faire. Cela n'a malheureusement pas été fait en l'espèce.

Finally, on this branch of the matter, I am troubled by the trial judge's instruction that the jurors

140 J'exprimerai une dernière préoccupation sur cet aspect de l'affaire. La directive du juge du procès

"may conclude, as a matter of common sense, that if a sane and sober person acts in a way that has predictable consequences that person usually intends, or means to intend, to cause those consequences". This instruction could not have assisted the jury in properly considering the defence advanced by the appellant. Any inference that can reasonably be drawn from the acts of a "sane and sober" person can hardly be a reliable indication that a like inference can reasonably be drawn from the acts of someone who, like the appellant, was far from sober when he committed those acts; he was then, in fact, extremely intoxicated.

141 The trial judge ought at a minimum to have explained the link between the "common sense inference" to which he referred and the evidence of the appellant's extreme intoxication. As the Court made clear in *Seymour*, it is "essential for a trial judge to link the instructions given pertaining to intoxication to those relating to the common sense inference so that the jury is specifically instructed that evidence of intoxication may rebut that inference" (para. 23 (emphasis added)). See, to the same effect, *Robinson*, at para. 65, and *R. v. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403 (B.C.C.A.), at p. 420. Moreover, even where a "common sense inference" direction might properly be considered relevant, the trial judge should instruct the jury that the more intoxicated accused persons are found to have been, the less likely it is that they foresaw — let alone intended — the "natural consequences" of their actions.

142 Here, the trial judge failed to adequately explain the link between an intoxication defence and the common sense inference, and failed as well to draw the jury's attention to the evidence of the appellant's extreme intoxication and its effect on the appellant's state of mind. In my view, this too was fatal to his charge: "an instruction which does not link the common-sense inference with the evidence of intoxication constitutes reversible error": *Robinson*, at para. 65.

selon laquelle les jurés [TRADUCTION] « [peuvent] conclure qu'il est conforme au bon sens que, si une personne saine et sobre accomplit des actes dont les conséquences sont prévisibles, elle a habituellement l'intention ou la volonté de produire ces conséquences » ne saurait avoir aidé le jury à bien examiner le moyen de défense invoqué par l'appelant. Le fait qu'une déduction peut raisonnablement être tirée des actes d'une « personne saine et sobre » ne peut guère constituer une indication fiable qu'une déduction semblable peut raisonnablement être tirée des actes de quelqu'un qui, comme l'appelant, était loin d'être sobre lorsqu'il a commis ces actes; en fait, il était alors dans un état d'intoxication extrême.

Le juge du procès se devait à tout le moins d'expliquer le lien entre la « déduction conforme au bon sens » dont il avait fait état et la preuve d'intoxication extrême de l'appelant. Comme la Cour l'a clairement indiqué dans l'arrêt *Seymour*, il est « essentiel que le juge du procès établisse un lien entre les directives visant l'intoxication et celles portant sur la déduction conforme au bon sens, de manière à informer expressément le jury que la preuve d'intoxication peut réfuter cette déduction » (par. 23 (je souligne)). Voir, au même effet, l'arrêt *Robinson*, par. 65, et l'arrêt *R. c. Canute* (1993), 80 C.C.C. (3d) 403 (C.A.C.-B.), p. 420. En outre, même si une directive portant sur une « déduction conforme au bon sens » peut à juste titre être jugée pertinente, le juge du procès doit dire au jury que, plus l'état d'intoxication des accusés qui a été établi était avancé, moins il est probable qu'ils aient prévu — et encore moins voulu — les « conséquences naturelles » de leurs actes.

En l'espèce, le juge du procès a omis d'expliquer adéquatement le lien entre la défense d'intoxication et la déduction conforme au bon sens. Il n'a pas non plus attiré l'attention du jury sur la preuve d'intoxication extrême de l'appelant ni sur son effet sur l'état d'esprit de l'appelant. À mon avis, cet aspect aussi était fatal à l'exposé : « une directive qui ne rattache pas la déduction conforme au bon sens à la preuve d'intoxication constitue une erreur justifiant annulation » : *Robinson*, par. 65.

IV

Trial judges are required, as we have seen, to outline the theory of the defence and to draw to the jury's attention any significant evidence capable of supporting that theory. The trial judge did not do that here. I have said that his review of the critical evidence as to the degree of the appellant's intoxication was incomplete and unbalanced. Here are some telling examples:

(1) Tyler Sanjenko testified that the appellant swerved all over the road, hit the curb, fell over several times, was "pretty out of it" and "it was like something hit him". He testified as well that the appellant was urinating against the neighbour's fence and had difficulty getting his pants up and walked around with them down. (Emphasis added; A.R., at pp. 307-12 and 324.)

The trial judge did not mention *any* of the underlined evidence. His entire summary of Mr. Sanjenko's testimony was as follows:

. . . about 5:00 a.m. he discussed the next morning's car show with Tyler Sanjenko. [A.R., at p. 17]

(2) Jim Clarke, the appellant's neighbour testified that the appellant was "out of his mind drunk" and that most of what he was saying was "just gibberish as far as [he] was concerned". (Emphasis added; A.R., at pp. 330-31.)

The trial judge omitted the underlined evidence entirely and summarized Mr. Clarke's evidence as follows:

[Mr. Daley] went and called on Mr. Clarke and carried on a drunken, but intelligible, conversation. [A.R., at p. 17]

(3) James Beamish, a friend of the appellant who was awakened by his unannounced visit at approximately 4:30 a.m. testified as follows:

My mother-in-law was staying with us that night and she made it to the door before I did and when she opened up

IV

Comme nous l'avons vu, le juge du procès est tenu d'exposer la thèse de la défense et d'attirer l'attention du jury sur tous les éléments de preuve importants susceptibles d'étayer cette thèse. En l'espèce, le juge du procès ne l'a pas fait. J'ai déjà dit que sa revue des éléments de preuve déterminants quant au degré d'intoxication de l'appelant n'était ni complète et ni équilibrée. En voici quelques exemples révélateurs : 143

(1) Tyler Sanjenko a relaté que l'appelant avait conduit en zigzaguant, avait heurté la bordure du trottoir, était tombé à plusieurs reprises, était [TRADUCTION] « vraiment chaud » et que « c'était comme si quelque chose l'avait frappé ». Il a également précisé dans son témoignage que l'appelant avait uriné sur la clôture du voisin, avait eu de la difficulté à remonter son pantalon et s'était promené le pantalon baissé. (Je souligne; d.a., p. 307-312 et 324.)

Le juge du procès n'a fait état d'*aucun* des éléments de preuve soulignés. Son résumé du témoignage de M. Sanjenko s'est limité à ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . il a discuté avec Tyler Sanjenko, vers 5 h, de l'exposition d'automobiles qui avait lieu le lendemain matin. [d.a., p. 17]

(2) Jim Clarke, le voisin de l'appelant, a témoigné que celui-ci était [TRADUCTION] « ivre mort » et que la plupart de ce qu'il disait « n'avait ni queue ni tête, quant à [lui] ». (Je souligne; d.a., p. 330-331.)

Le juge du procès a complètement passé sous silence les éléments de preuve soulignés et a résumé ainsi le témoignage de M. Clarke :

[TRADUCTION] [Monsieur Daley] est allé voir M. Clarke et lui a tenu une conversation intelligible, même s'il était en état d'ébriété. [d.a., p. 17]

(3) James Beamish, un ami de l'appelant qui a été réveillé par sa visite inopinée vers 4 h 30, a rendu le témoignage suivant :

[TRADUCTION] Ma belle-mère était restée à coucher chez nous ce soir-là et elle est allée répondre avant moi

the door Wayne [the appellant] stumbled in and stumbled up the stairs . . . I knew he was drunk coming up the stairs. . . .

He [the appellant] was intoxicated. He, you know, he couldn't keep his balance, he was using the counter to hold himself up . . . .

. . . he went to put his motorcycle helmet back on and he put it on backwards . . . .

Yes, [he had] slurred speech. [Emphasis added; A.R., at pp. 281, 284 and 290.]

The trial judge did not refer to this evidence at all.

(4) Cynthia Lorraine Mohr, a neighbour of the appellant who saw him at around 5:00 a.m. testified that

Wayne [the appellant] was standing at the front of his door next door and he appeared to be really intoxicated, he was — just kept banging, and then he went down the stairs and started to go towards the front street where there was vehicles parked and he fell on the ground . . . . [Emphasis added; A.R., at p. 340.]

Again the trial judge did not mention the underlined evidence at all.

(5) Basing his opinion on the uncontradicted evidence, Dr. J. S. Richardson, estimated the appellant's blood alcohol level and explained its effect on his state of mind in these terms:

The blood alcohol level at approximately three o'clock of the average 220 pound male who had consumed two bottles of beer and roughly 22 ounces of rye from 9:15 or so, at three o'clock the blood alcohol level would be approximately 250 milligrams percent which is within the range of . . . for the average person of producing alcohol-induced amnesia.

. . .

The expected blood alcohol level at 4:20 . . . would be approximately 220 – or 280 milligrams percent which is, for all but the very experienced alcoholics, an extremely intoxicating blood alcohol concentration. I would expect amnesia, expect severe motor impairment, expect severe disruption of the person's ability to carry out normal activities. So the scenario you described is consistent with a blood alcohol level of 280. [Emphasis added; A.R., at pp. 438-39 and 441-42.]

et lorsqu'elle a ouvert la porte, Wayne [l'appelant] a trébuché en entrant et en montant les escaliers [. . .] J'ai su qu'il était ivre en le voyant monter les escaliers. . .

Il [l'appelant] était soûl. Il, vous savez, il n'arrivait pas à garder son équilibre, il devait s'accrocher au comptoir pour se tenir debout . . .

. . . il a voulu remettre son casque de moto et il l'a mis à l'envers . . .

Oui, [il] n'arrivait pas à articuler. [Je souligne; d.a., p. 281, 284 et 290.]

Le juge du procès n'a pas du tout fait état de ce témoignage.

(4) Cynthia Lorraine Mohr, une voisine de l'appelant qui l'a vu vers 5 h, a relaté que

[TRADUCTION] Wayne [l'appelant] se tenait devant sa porte, celle de la maison voisine de la mienne, et il avait l'air vraiment ivre, il était — il n'arrêtait pas de frapper, puis il a descendu les escaliers et s'est dirigé vers la rue où des véhicules étaient stationnés. Ensuite, il est tombé . . . [Je souligne; d.a., p. 340.]

Là encore, le juge du procès n'a pas du tout mentionné les éléments de preuve soulignés.

(5) Fondant son opinion sur la preuve non contredite, J. S. Richardson, docteur en psychopharmacologie, a estimé l'alcoolémie de l'appelant et expliqué, en ces termes, l'effet de ce taux sur son état d'esprit :

[TRADUCTION] Vers 3 h, l'alcoolémie d'un homme de taille moyenne de 220 livres qui a consommé deux bouteilles de bière et quelque 22 onces de rye depuis environ 21 h 15 serait, à 3 h, d'environ 250 mg par 100 ml de sang, ce qui se trouve dans les valeurs de [. . .] qui entraînent l'amnésie induite par l'alcool chez une personne ordinaire.

. . .

À 4 h 20 [. . .] on s'attendrait à une alcoolémie d'environ 220 ou 280 mg %, ce qui, pour tout le monde sauf les alcooliques invétérés, constitue une concentration d'alcool dans le sang provoquant une intoxication extrême. Je m'attendrais à de l'amnésie, à une perte grave de capacité motrice, à une perturbation importante de la capacité de la personne à se livrer à des activités normales. Donc, le scénario que vous décrivez correspond bien à une alcoolémie de 280. [Je souligne; d.a., p. 438-439 et 441-442.]

In his charge to the jury, the trial judge did not mention any of the testimony I have underlined — all of it significant, favourable to the appellant, capable of supporting his defence and entirely uncontradicted. Indeed, only references to evidence of the accused's level of intoxication were marked by skepticism or doubt and tended to support the Crown's position that the accused was not *that* drunk. Here is how the trial judge summarized for the jury's benefit the evidence regarding the appellant's degree of intoxication — mistakenly characterizing it as the "only evidence" of the appellant's mental state when he stabbed his partner, Teanda Manchur:

> The only evidence we have of his mental state immediately prior to the events in question is that about 5:00 a.m. he discussed the next morning's car show with Tyler Sanjenko. He went and called on Mr. Clarke and carried on a drunken, but intelligible, conversation. He checked the four vehicles, including a Winnebago, apparently with a view to sleeping there, before he entered the house. And he called angrily to his wife, "Let me in, you fucking bitch." These events followed his trip across town and back on his motor bike during which he found and called at a friend's house, visited a possible party site, and had several minor accidents with his motor bike which no doubt resulted from his intoxication. Crown counsel has described these facts as evidence of how drunk he wasn't. [A.R., at p. 17]

Perhaps most important, the trial judge did not mention *at all* Dr. Richardson's evidence on the central issue in this case: whether the appellant, because of his extreme intoxication, lacked the *mens rea* to commit murder. The trial did refer to Dr. Richardson's testimony in three short sentences and only at the very end of his instructions regarding the evidence relevant to the respective theories of the Crown and the defence. The judge's treatment of Dr. Richardson's evidence was completely removed from his discussion of the requisite intent for murder and the evidence related to it. He summarized Dr. Richardson's entire testimony this way:

144 Dans son exposé au jury, le juge du procès n'a mentionné aucun des extraits de témoignage que j'ai soulignés — or, ils sont tous importants, favorables à l'appelant, susceptibles d'étayer sa défense et ils ne sont nullement contredits. D'ailleurs, les seules allusions à la preuve ayant trait au degré d'intoxication de l'accusé étaient empreintes de scepticisme ou de doute et tendaient à appuyer la position du ministère public selon laquelle l'accusé n'était pas ivre *à ce point*. Voici comment le juge du procès a résumé, au bénéfice du jury, la preuve relative au degré d'intoxication de l'appelant — preuve qu'il a qualifiée, à tort, de « seule preuve » de l'état mental de l'appelant au moment où il a poignardé sa conjointe Teanda Manchur :

> [TRADUCTION] La seule preuve que nous détenons concernant son état mental immédiatement avant les événements en question est qu'il a discuté avec Tyler Sanjenko, vers 5 h, de l'exposition d'automobiles qui avait lieu le lendemain matin. Il est allé voir M. Clarke et lui a tenu une conversation intelligible, même s'il était en état d'ébriété. Il a vérifié les quatre véhicules, y compris un Winnebago, apparemment avec l'intention d'y dormir, puis il est entré dans la maison. Il a aussi hurlé à sa femme : « Laisse-moi entrer maudite salope. » Ces événements se sont déroulés après son aller et retour à motocyclette jusqu'à l'autre bout de la ville au cours duquel il s'est d'abord rendu chez un ami, puis à l'endroit où était censée avoir lieu une fête. Durant le trajet, il a aussi eu plusieurs petits accidents, sans aucun doute à cause de son état d'ébriété. Selon l'avocat du ministère public, ces faits démontrent qu'il n'était pas si ivre que ça. [d.a., p. 17]

145 Fait peut-être le plus important, le juge du procès a fait *totalement* abstraction du témoignage de M. Richardson sur la question fondamentale qui se pose en l'espèce, soit celle de savoir si l'appelant, du fait de son intoxication extrême, n'avait pas la *mens rea* nécessaire à la commission d'un meurtre. Le juge du procès a bien fait allusion au témoignage de M. Richardson, mais en trois petites phrases et seulement à la toute fin de ses directives sur la preuve pertinente quant aux thèses respectives du ministère public et de la défense. Il en a traité complètement à part de son analyse de l'intention requise pour qu'il y ait meurtre et de la preuve s'y rattachant. Voici comment il a résumé l'ensemble du témoignage de M. Richardson :

The alcohol expert, if I may call him that, Dr. Richardson, spoke of the effect of drunkenness of the sort we have here. It affects judgment. It affects motor ability, and it can bring on amnesia if short-term memory does not become long-term memory. In the present case, Wayne Daley simply says that he remembers nothing after he left his garage on the motorcycle, other than the accident. At the time he was arrested, however, he said that he and Teanda had been fighting. [Emphasis added; A.R., at p. 21.]

146 I pause here to mention that Dr. Richardson, a pharmacologist and professor of psychiatry, was qualified — without challenge by the Crown — "as an expert in the effects of beverage alcohol on not only the body but on brain functioning and behaviour" (A.R., at p. 412). His evidence covers 53 pages of the trial transcript. He was cross-examined by the Crown as to the impact of alcoholic consumption on behaviour and on one's ability to plan and anticipate.

147 In short, Dr. Richardson's testimony was dealt with by the trial judge both summarily and dismissively. As noted by Smith J.A., it was not related at all to the central issue in the case — "the question of whether the appellant knew that death was a likely consequence of his actions" (para. 138).

148 The majority of the Court of Appeal concluded that Dr. Richardson's testimony had little bearing on the issue of intent. In their view, Dr. Richardson did not, anywhere in his evidence, "testify on the effect of alcohol to impair the ability or capacity to form specific intent". He had only testified, said the majority, with respect to the "capacity to form appropriate judgments" (paras. 70 and 79 (emphasis added)).

149 Like Smith J.A., I do not share this view of Dr. Richardson's testimony. On the contrary, I find the reasoning of Smith J.A. far more persuasive:

[TRADUCTION] L'expert en alcool, si je peux l'appeler ainsi, Dr Richardson, a parlé de l'effet du type d'ivresse dont il est question ici. Il altère le jugement ainsi que la capacité motrice, et il peut causer l'amnésie si la mémoire à court terme ne se transforme pas en mémoire à long terme. En l'espèce, Wayne Daley affirme simplement n'avoir aucun souvenir de ce qui s'est passé après qu'il a quitté son garage sur sa motocyclette, sauf d'avoir eu un accident. Toutefois, au moment de son arrestation, il a dit que lui et Teanda s'étaient disputés. [Je souligne; d.a., p. 21.]

J'ouvre ici une parenthèse pour signaler que M. Richardson, pharmacologue et professeur de psychiatrie, a été reconnu — sans opposition de la part du ministère public — [TRADUCTION] « comme un expert quant aux effets des boissons alcoolisées non seulement sur le corps humain, mais aussi sur les fonctions cérébrales et sur le comportement » (d.a., p. 412). Son témoignage occupe 53 pages de la transcription du procès. Le ministère public l'a contre-interrogé quant à l'incidence de la consommation d'alcool sur le comportement et sur la capacité de planification et d'anticipation d'une personne.

Bref, le témoignage de M. Richardson a été traité sommairement et cavalièrement par le juge du procès. Comme l'a signalé la juge Smith, il ne l'a pas rattaché à la question fondamentale — soit, celle [TRADUCTION] « de savoir si l'appelant savait que ses actes étaient de nature à entraîner la mort » (par. 138).

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que le témoignage de M. Richardson avait peu de rapport avec la question de l'intention. À leur avis, nulle part dans son témoignage n'a-t-il traité [TRADUCTION] « du fait que l'alcool aurait pour effet de porter atteinte à la capacité de former une intention spécifique ». Il n'a témoigné, selon eux, qu'au sujet de la [TRADUCTION] « capacité d'exercer son jugement de façon judicieuse » (par. 70 et 79 (je souligne)).

Comme la juge Smith, je ne partage pas cette opinion sur le témoignage de M. Richardson. Au contraire, je trouve le raisonnement de cette dernière beaucoup plus convaincant :

It is true that Dr. Richardson did not expressly say that the effect of alcohol in the case of extreme intoxication of the sort described is to "impair the ability or capacity to form specific intent." This, of course, is in part a legal conclusion and not one on which one would expect the expert to offer an opinion. Nonetheless, in my view, the clear factual implication of Dr. Richardson's testimony was that in the case of extreme intoxication the ability of an individual to judge or appreciate the consequences of his or her actions is, at least, seriously impaired, and may be totally absent. Further, in response to hypothetical questions based on the evidence before the Court of the quantity of alcohol consumed, Dr. Richardson was of the opinion that the appellant was intoxicated to this degree at the time in question. It is clear, as well, that this expert expressly linked the lack of judgmental capacity that would result from extreme intoxication to amnesia of the event that occurred while he was in that state.

In addition, Dr. Richardson's evidence was that, even in that extreme state of intoxication, an individual would still be capable of ordinary actions such as walking and talking, albeit with considerable motor and speech impairment. [paras. 127-28]

As an expert on the effects of alcohol, Dr. Richardson can hardly be faulted for failing to draw a conclusion whether the appellant in fact lacked the capacity to form the requisite "specific intent" — that was a question for the jury to answer. Nor can he be faulted for failing to use legal terminology in giving his professional opinion as a psychopharmacologist.

Justice Bastarache agrees that the expert witness need not have used the phrase "specific intent", but finds that Dr. Richardson's testimony was largely irrelevant because it failed to "convey that someone in Mr. Daley's state could not foresee the consequences of his actions" (para. 83). With respect, this was precisely the point of Dr. Richardson's testimony.

On a fair reading of Dr. Richardson's evidence-in-chief, as Smith J.A. found,

[TRADUCTION] Il est vrai que M. Richardson n'a pas expressément dit que, dans les cas d'intoxication extrême, comme celle décrite, l'alcool a pour effet « de porter atteinte à la capacité de former une intention spécifique ». Évidemment, il s'agit en partie d'une conclusion de droit et non d'une conclusion sur laquelle on s'attendrait à ce qu'un expert se prononce. Néanmoins, à mon avis, la portée factuelle du témoignage de M. Richardson est claire : dans les cas d'intoxication extrême, la capacité d'évaluer ou d'apprécier les conséquences de ses actes est, tout au moins, gravement atteinte, voire totalement annihilée. En outre, en réponse aux questions hypothétiques fondées sur la preuve soumise à la Cour quant à la quantité d'alcool consommée, M. Richardson s'est dit d'avis que l'appelant avait atteint ce degré d'intoxication au moment pertinent. Il est clair, également, que cet expert a expressément établi un lien entre la perte de la capacité d'exercer un jugement qui résulterait d'un état d'intoxication extrême et l'amnésie quant à l'événement qui s'est produit pendant qu'il était dans cet état.

De plus, selon le témoignage de M. Richardson, même dans cet état d'intoxication extrême, une personne serait encore capable de poser des gestes ordinaires comme marcher et parler, malgré une atteinte très importante à sa capacité motrice et d'élocution. [par. 127-128]

150 Comme il s'exprimait à titre d'expert quant aux effets de l'alcool, on peut difficilement reprocher à M. Richardson de ne pas avoir tiré de conclusion quant à savoir si l'appelant n'avait effectivement pas la capacité de former l'« intention spécifique » requise — question qu'il appartenait au jury de trancher. Pas plus qu'on ne peut lui reprocher de ne pas avoir employé des termes juridiques pour donner son opinion professionnelle en tant que psychopharmacologue.

151 Le juge Bastarache convient que le témoin expert n'était pas tenu d'employer l'expression « intention spécifique ». Toutefois, il estime que le témoignage de M. Richardson était en grande partie non pertinent parce qu'il n'expliquait pas [TRADUCTION] « qu'une personne dans le même état d'intoxication que M. Daley [. . .] ne pouvait prévoir les conséquences de ses actes » (par. 83). En toute déférence, j'estime que tel était précisément l'objet du témoignage de M. Richardson.

152 Une interprétation juste de l'interrogatoire principal de M. Richardson révèle ce qui suit, comme l'a conclu la juge Smith :

it is clear that the point of leading this evidence was to establish that, at the time the appellant's wife was killed, the appellant was extremely intoxicated to the point that he could suffer amnesia in relation to the event, and, more significantly, to the point that he would be incapable of the judgment necessary to appreciate the consequences of what he was doing. [para. 126]

[TRADUCTION] ... il est clair que cette preuve visait à démontrer qu'au moment où la femme de l'appelant a été tuée, ce dernier était extrêmement intoxiqué, au point de pouvoir être frappé d'amnésie relativement à ce qui s'est passé et, fait plus important, au point de ne pouvoir exercer le jugement nécessaire pour comprendre les conséquences de ce qu'il faisait. [par. 126]

153 And this, notwithstanding the fact that defence counsel framed his questions to Dr. Richardson in terms of one's ability to determine "appropriate behaviour" or to form "appropriate judgments or behaviour". I agree with Smith J.A. that while "inappropriate judgment" sometimes relates to what is socially unsuitable, the word "appropriate" can also be used — and was used by Dr. Richardson here — to describe *proper* conduct in the sense of appreciating its likely consequences.

Et ce, malgré que l'avocat de la défense ait formulé ses questions à M. Richardson sous l'angle de la capacité d'une personne de déterminer quel comportement est « acceptable » (« *appropriate* ») ou d'exercer son jugement « de façon judicieuse » (« *to form appropriate judgments* »). Je suis d'accord avec la juge Smith pour dire que, s'il est vrai que le mot « *inappropriate* » renvoie parfois à ce qui est malséant socialement, le mot « *appropriate* » peut aussi être employé — comme l'a fait M. Richardson en l'espèce — pour décrire un comportement *correct* du point de vue de l'évaluation de ses conséquences probables.

154 Given that the central issue in this case was whether the accused had the requisite *mens rea* for murder, it should have been clear to the trial judge that Dr. Richardson was testifying with respect to the effect of alcohol on one's ability to judge the consequences of one's actions, and he should have directed the jury accordingly.

Comme la question fondamentale en l'espèce consistait à savoir si l'accusé avait la *mens rea* requise pour commettre un meurtre, le juge du procès aurait dû comprendre que M. Richardson témoignait à propos de l'effet de l'alcool sur la capacité d'une personne de mesurer les conséquences de ses actes, et aurait dû donner au jury des directives en conséquence.

155 Any doubt as to the meaning of Dr. Richardson's testimony was resolved on cross-examination, when he stated that someone who is in a state of extreme intoxication is "not anticipating the consequences of what [he or she is] doing, [which] would be part of the appropriateness filter . . . to anticipate . . . the consequences of [what is] going on – what you're carrying out" (A.R., at p. 463 (emphasis added)).

S'il subsistait un doute sur le sens du témoignage de M. Richardson, il a été dissipé lors du contre-interrogatoire, lorsqu'il a affirmé qu'une personne en état d'intoxication extrême [TRADUCTION] « n'anticipe pas les conséquences de ses actes, [. . .] ça fait partie du filtre d'acceptabilité d'anticiper [. . .] les conséquences [de ce qui] arrive – des gestes qu'on accomplit » (d.a., p. 463 (je souligne)).

156 In my view, Dr. Richardson's evidence intended to convey — and did convey in substance — his opinion that extremely intoxicated persons cannot judge the consequences of their actions. And if one cannot judge the consequences, one cannot foresee them. Dr. Richardson gave this testimony in cross-examination in response to a question about one's ability to plan for the next day. To the

À mon avis, dans son témoignage, M. Richardson a voulu exprimer — et a essentiellement exprimé — son opinion que les personnes en état d'intoxication extrême ne peuvent mesurer les conséquences de leurs actes. Et si une personne ne peut mesurer les conséquences, elle ne peut les prévoir. M. Richardson a offert ce témoignage lors du contre-interrogatoire, en réponse à une question sur la

extent that further clarification was necessary, this response to Crown counsel clarified the meaning of Dr. Richardson's evidence-in-chief. There was thus no need for the trial judge to *interpret* Dr. Richardson's testimony, in the sense of determining what it meant *to him*. He was simply required to draw the jury's attention to it since it related, manifestly, to the central issue in the case.

Dr. Richardson explained as well that a person with a significantly elevated blood-alcohol level "is not scanning the environment, not paying attention, and so things happen around them that they're not paying attention to and if you don't pay attention to it then you're — you're not aware that it happened" (A.R., at p. 434). It was thus open to the jury to infer from this evidence that the appellant, as a result of his high level of intoxication, might indeed have been unaware of the consequences of his actions. People who are unaware of the present are unlikely to foresee the future, including the likely consequences of their behaviour.

Justice Bastarache finds that "it is hard to accept that a person, here stabbing someone in the side, would not be able to realize such an action could kill" (para. 85). This intuitive reaction is entirely understandable but, in my respectful view, it ignores the crux of Dr. Richardson's testimony: There is a point where extreme intoxication renders a person incapable of contemplating the consequences of his or her actions, and therefore unable to foresee that stabbing someone in the side would likely cause that person's death.

Even if Dr. Richardson's testimony was not as clear as it might have been, its interpretation proposed by the defence was plausible at the very least, and ought therefore to have been put to the jury. Whatever its shortcomings, Dr. Richardson's evidence, if accepted by the jury, was capable of raising a reasonable doubt as to the appellant's foresight

capacité de planifier le lendemain. Si tant est qu'un éclaircissement était nécessaire, cette réponse donnée à l'avocat du ministère public a précisé le sens de l'interrogatoire principal de M. Richardson. Le juge du procès n'avait donc pas à *interpréter* le témoignage de M. Richardson, c'est-à-dire à déterminer ce qu'il signifiait *à ses yeux*. Il devait tout simplement attirer l'attention du jury sur ce témoignage, qui avait manifestement un rapport avec la question fondamentale en l'espèce.

157 Monsieur Richardson a également expliqué qu'une personne dont l'alcoolémie est assez élevée [TRADUCTION] « n'observe pas ce qui l'entoure, ne prête attention à rien, et donc des choses se produisent autour d'elle auxquelles elle ne prête pas attention, et si vous ne prêtez pas attention à ces choses — vous ne savez pas qu'elles se sont produites » (d.a., p. 434). Il était donc loisible au jury de déduire de cet élément de preuve que l'appelant, du fait de son degré d'intoxication avancé, pouvait très bien ne pas avoir eu conscience des conséquences de ses actes. En effet, il est peu probable que les gens qui n'ont pas conscience du présent prévoient le futur, y compris les conséquences probables de leur comportement.

158 Selon le juge Bastarache, « il est difficile d'admettre qu'une personne qui en poignarderait une autre au flanc, comme en l'espèce, ne serait pas en mesure de réaliser qu'un tel geste peut causer la mort » (par. 85). Cette réaction intuitive est tout à fait compréhensible. Toutefois, soit dit en toute déférence, elle ne tient pas compte de l'essentiel du témoignage de M. Richardson, savoir qu'il existe un seuil au-delà duquel l'intoxication extrême rend la personne incapable d'envisager les conséquences de ses actes, et donc de prévoir que le fait d'en poignarder une autre sur le flanc entraînera vraisemblablement sa mort.

159 Même si le témoignage de M. Richardson n'était pas aussi clair qu'il aurait pu l'être, l'interprétation qu'en a donnée la défense était pour le moins plausible et aurait dû être soumise à l'appréciation du jury. Quelles qu'en soient les lacunes, la preuve apportée par M. Richardson, si elle avait été retenue par le jury, était susceptible de soulever un

of the consequences of his acts. Had it been put to the jury fairly, accurately and in context — as it should have been —, the jurors would then have given it the consideration it deserved. It was up to the jury to then determine what weight, if any, to attach to Dr. Richardson's evidence in reaching their verdict.

160 On any view of the matter, the trial judge was required to assist the jury in appreciating Dr. Richardson's testimony. His three-line summary of that evidence, entirely disconnected from his review of what he wrongly described as the "only evidence" of the accused's mental state, removed it instead from their realm of contemplation.

161 Moreover, the trial judge's statement that "[a]mnesia, while it may reflect extreme drunkenness, is not a defence" (A.R., at p. 18) may well have confused the jury as to the importance they could properly attach to Dr. Richardson's testimony. No jury could reasonably have understood Dr. Richardson to have suggested that amnesia *was a defence to murder.* He did not testify to the legal consequences of amnesia, but rather to the relationship between alcohol-induced amnesia and the defence advanced by the appellant.

162 That relationship is set out clearly by Justice Bastarache (para. 91). My colleague finds, however, that the trial judge was not required to explain the significance of alcohol-induced amnesia because Dr. Richardson never linked the "loss of the capacity for judgment and evaluation of appropriateness" to "loss of the ability to foresee the consequences of one's actions" (para. 92).

163 Even if I shared this view — with respect, I do not — I agree with Smith J.A. that, at the very least, it was the trial judge's duty to remind the jury of Dr. Richardson's opinion that amnesia reflects a degree of extreme drunkenness that seriously impairs and perhaps destroys one's ability to make appropriate judgments. The jury would then have, once again, been left to determine the significance

doute raisonnable quant à la prévision par l'appelant des conséquences de ses actes. Si on l'avait présentée aux jurés équitablement, avec exactitude et dans son contexte — comme elle aurait dû l'être — ils lui auraient accordé l'attention qu'elle méritait. Il aurait ensuite appartenu au jury de décider du poids à lui accorder, le cas échéant, pour rendre son verdict.

Quel que soit l'angle sous lequel on envisage l'affaire, le juge du procès était tenu d'aider le jury à apprécier le témoignage de M. Richardson. En résumant ce témoignage en trois lignes, complètement à part de son examen de ce qu'il a qualifié à tort de « seule preuve » de l'état mental de l'accusé, il l'a plutôt écarté de leur champ de réflexion.

En outre, la déclaration du juge du procès selon laquelle [TRADUCTION] « [l]'amnésie, bien qu'elle témoigne d'une ivresse extrême, ne constitue pas un moyen de défense » (d.a., p. 18), pourrait bien avoir induit le jury en erreur quant à l'importance qu'il pouvait accorder au témoignage de M. Richardson. Aucun jury n'aurait pu raisonnablement comprendre que M. Richardson sous-entendait que l'amnésie *constituait un moyen de défense contre une accusation de meurtre.* Il n'a pas témoigné au sujet des conséquences juridiques de l'amnésie, mais au sujet du lien entre l'amnésie induite par l'alcool et la défense invoquée par l'appelant.

Ce lien est énoncé clairement par le juge Bastarache (par. 91). Mon collègue conclut néanmoins que le juge du procès n'était pas tenu d'expliquer la portée de l'amnésie alcoolique parce que M. Richardson n'a jamais établi le lien entre la « perte de la capacité de juger et d'évaluer l'acceptabilité de ses actes » et la « perte de la capacité de prévoir les conséquences de ses actes » (par. 92).

Même si je partageais cet avis — ce qui, soit dit avec égards, n'est pas le cas — je pense comme la juge Smith que le juge du procès devait à tout le moins rappeler au jury l'opinion de M. Richardson selon laquelle l'amnésie témoigne d'une ivresse extrême qui amoindrit grandement, et peut même annihiler, la capacité d'une personne d'exercer son jugement de façon judicieuse. Il aurait ensuite

of Dr. Richardson's evidence in the light of the other evidence to which I have referred.

V

For all of these reasons, I would allow the appeal, quash the appellant's conviction, and order a new trial.

APPENDIX

Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

33.1 (1) It is not a defence to an offence referred to in subsection (3) that the accused, by reason of self-induced intoxication, lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence, where the accused departed markedly from the standard of care as described in subsection (2).

(2) For the purposes of this section, a person departs markedly from the standard of reasonable care generally recognized in Canadian society and is thereby criminally at fault where the person, while in a state of self-induced intoxication that renders the person unaware of, or incapable of consciously controlling, their behaviour, voluntarily or involuntarily interferes or threatens to interfere with the bodily integrity of another person.

(3) This section applies in respect of an offence under this Act or any other Act of Parliament that includes as an element an assault or any other interference or threat of interference by a person with the bodily integrity of another person.

229. Culpable homicide is murder

(*a*) where the person who causes the death of a human being

(i) means to cause his death, or

(ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not;

appartenu au jury, encore une fois, de déterminer la portée du témoignage de M. Richardson compte tenu des autres éléments de preuve dont j'ai fait état.

V

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appelant et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. 164

ANNEXE

Dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

33.1 (1) Ne constitue pas un moyen de défense à une infraction visée au paragraphe (3) le fait que l'accusé, en raison de son intoxication volontaire, n'avait pas l'intention générale ou la volonté requise pour la perpétration de l'infraction, dans les cas où il s'écarte de façon marquée de la norme de diligence énoncée au paragraphe (2).

(2) Pour l'application du présent article, une personne s'écarte de façon marquée de la norme de diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne et, de ce fait, est criminellement responsable si, alors qu'elle est dans un état d'intoxication volontaire qui la rend incapable de se maîtriser consciemment ou d'avoir conscience de sa conduite, elle porte atteinte ou menace de porter atteinte volontairement ou involontairement à l'intégrité physique d'autrui.

(3) Le présent article s'applique aux infractions créées par la présente loi ou toute autre loi fédérale dont l'un des éléments constitutifs est l'atteinte ou la menace d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou toute forme de voies de fait.

229. L'homicide coupable est un meurtre dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) la personne qui cause la mort d'un être humain :

(i) ou bien a l'intention de causer sa mort,

(ii) ou bien a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non;

691. (1) A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(*a*) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents;

Appeal dismissed, BINNIE, LEBEL, FISH *and* CHARRON JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Wolch, Ogle, Wilson, Hursh & deWit, Calgary.

Solicitor for the respondent: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

691. (1) La personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada :

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

Pourvoi rejeté, les juges BINNIE, LEBEL, FISH *et* CHARRON *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant : Wolch, Ogle, Wilson, Hursh & deWit, Calgary.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Stephanie Brenda Bruker *Appellant*

v.

Jessel (Jason) Benjamin Marcovitz *Respondent*

and

Canadian Civil Liberties Association *Intervener*

INDEXED AS: BRUKER *v.* MARCOVITZ

Neutral citation: 2007 SCC 54.

File No.: 31212.

2006: December 5; 2007: December 14.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Contracts — Validity — Breach — Agreement with religious aspect — Husband refusing to provide wife with Jewish religious divorce after civil divorce despite agreement to do so — Action in damages against husband for breach of contract — Whether matter justiciable — Whether agreement satisfies all requirements to make it valid and binding under Quebec law — Whether husband can rely on freedom of religion to avoid legal consequences of failing to comply with agreement — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1373, 1385, 1412, 1413 — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1.

Human rights — Freedom of conscience and religion — Agreement with religious aspect — Jewish religious divorce or "get" — Husband refusing to provide wife with Jewish religious divorce after civil divorce despite agreement to do so — Action in damages against husband for breach of contract — Whether husband entitled to immunity from damages for his breach of contract by invoking freedom of religion — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1.

Stephanie Brenda Bruker *Appelante*

c.

Jessel (Jason) Benjamin Marcovitz *Intimé*

et

Association canadienne des libertés civiles *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : BRUKER *c.* MARCOVITZ

Référence neutre : 2007 CSC 54.

N° du greffe : 31212.

2006 : 5 décembre; 2007 : 14 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Contrats — Validité — Violation — Entente comportant un aspect religieux — Refus de l'époux d'accorder à l'épouse le divorce religieux juif après le divorce civil malgré son engagement à l'accorder — Action en dommages-intérêts contre l'époux pour violation de l'entente — La question est-elle justiciable? — Les conditions pour que l'entente soit valide et exécutoire en droit québécois sont-elles respectées? — L'époux peut-il invoquer la liberté de religion pour se soustraire aux conséquences juridiques de son refus de se conformer à l'entente? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1373, 1385, 1412, 1413 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 9.1.

Droits de la personne — Liberté de conscience et de religion — Entente comportant un aspect religieux — Divorce religieux juif ou « get » — Refus de l'époux d'accorder à l'épouse le divorce religieux juif après le divorce civil malgré son engagement à l'accorder — Action en dommages-intérêts contre l'époux pour violation de contrat — L'époux peut-il se soustraire à l'obligation de payer des dommages-intérêts pour sa violation du contrat en invoquant la liberté de religion? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 9.1.

The parties were married in 1969. Divorce proceedings were commenced in 1980 and three months later, the parties negotiated a Consent to Corollary Relief. Clause 12 of the agreement stated that the parties agreed to appear before the rabbinical authorities to obtain a Jewish divorce, or *get*, immediately upon the granting of the divorce. The civil divorce became final in 1981, when the husband, M, was 48 and the wife, B, was 31.

A wife cannot obtain a *get* unless her husband agrees to give it. Without one, she remains his wife and is unable to remarry under Jewish law. In this case, despite the wife's repeated requests, the husband consistently refused to provide a *get* for 15 years, by which time the wife was almost 47. The wife sought damages for breach of the agreement. The husband argued that his agreement to give a *get* was not valid under Quebec law and that he was protected by his right to freedom of religion from having to pay damages for its breach.

The trial judge found that the agreement was valid and binding and that a claim for damages based on a breach of this civil obligation was within the domain of the civil courts. The Court of Appeal allowed the husband's appeal. It found that because the substance of the obligation was religious in nature, the obligation was a moral one and was therefore unenforceable by the courts.

Held (Deschamps and Charron JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella and Rothstein JJ.: The fact that a dispute has a religious aspect does not by itself make it non-justiciable. Recognizing the enforceability by civil courts of agreements to discourage religious barriers to remarriage, addresses the gender discrimination those barriers may represent and alleviates the effects they may have on extracting unfair concessions in a civil divorce. This harmonizes with Canada's approach to equality rights, to divorce and remarriage generally, to religious freedom, and is consistent with the approach taken by other democracies. [41] [63]

Clause 12 of the agreement satisfies all requirements under the *Civil Code* to make it valid and binding under Quebec law. The promise by the husband to provide a *get* was part of a voluntary exchange of commitments

Les parties se sont mariées en 1969. L'action en divorce a été engagée en 1980 et trois mois plus tard, les parties ont négocié une entente relative aux mesures accessoires. Selon la clause 12 de l'entente, les parties ont convenu de se présenter devant les autorités rabbiniques en vue d'obtenir un divorce juif, ou *get*, immédiatement après le prononcé du divorce. Le divorce civil est devenu irrévocable en 1981; M, l'époux, avait alors 48 ans et B, l'épouse, en avait 31.

Une épouse ne peut obtenir le *get* que si son époux consent à l'accorder. Sans le *get*, elle reste son épouse et ne peut se remarier selon la loi juive. En l'espèce, malgré les demandes répétées de l'épouse, l'époux a refusé pendant 15 ans de lui accorder le *get* et lorsqu'il l'a accordé, elle avait presque 47 ans. L'épouse a réclamé des dommages-intérêts pour violation de l'entente. L'époux a prétendu que son engagement à accorder le *get* n'était pas valide en droit québécois et que son droit à la liberté de religion le soustrayait à l'obligation de payer des dommages-intérêts pour la violation de l'entente.

Le juge de première instance a conclu que l'entente était valide et obligatoire et que la réclamation de dommages-intérêts fondée sur une violation de cette obligation civile relevait de la compétence des tribunaux civils. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'époux. Elle a statué que, puisque l'essence de l'obligation était de nature religieuse, il s'agissait d'une obligation morale et les tribunaux ne pouvaient donc en ordonner l'exécution.

Arrêt (les juges Deschamps et Charron dissidentes) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella et Rothstein : Le fait qu'un litige comporte un aspect religieux ne le rend pas nécessairement non justiciable. Reconnaître aux tribunaux civils la faculté d'ordonner l'exécution des ententes afin de décourager les obstacles religieux au remariage offre une réponse à la discrimination fondée sur le sexe que peuvent représenter ces obstacles et atténue les effets qu'ils peuvent avoir sur la possibilité de soutirer des concessions inéquitables dans un divorce. Le caractère exécutoire de ces ententes s'harmonise avec l'approche canadienne en matière de droits à l'égalité, de divorce et de mariage de façon générale et de liberté de religion, et est conforme à l'approche retenue dans d'autres pays. [41] [63]

La clause 12 de l'entente respecte toutes les conditions du *Code civil* pour que l'entente soit valide et exécutoire en droit québécois. La promesse de l'époux d'accorder le *get* faisait partie d'un échange volontaire

intended to have legally enforceable consequences, negotiated between two consenting adults, each represented by counsel. The Court is not asked to determine doctrinal religious issues, and there is nothing in the *Civil Code* preventing someone from transforming his or her moral obligations into legally valid and binding ones. [16] [20] [47] [51]

Nor is the husband entitled to immunity from damages for his unilateral contractual breach by invoking his freedom of religion under s. 3 of the Quebec *Charter of human rights and freedoms*. The claim to religious freedom must be balanced and reconciled with countervailing rights, values, and harm, including the extent to which it is compatible with Canada's fundamental values. Determining when such a claim must yield to a more pressing public interest is a complex, nuanced, fact-specific exercise. [2] [77]

In this case, the husband's claim does not survive the balancing mandated by the Quebec *Charter* and this Court's jurisprudence. Any impairment to the husband's religious freedom is significantly outweighed by the harm both to the wife personally and to the public's interest in protecting fundamental values such as equality rights and autonomous choice in marriage and divorce. These, as well as the public benefit in enforcing valid and binding contractual obligations, are among the interests that outweigh the husband's claim. [17] [70] [92]

There is no reason to interfere with the trial judge's award for damages, interest and additional indemnity. [97-99]

Per Deschamps and Charron JJ. (dissenting): In Canadian law, a court is not barred from considering a question of a religious nature, provided that the claim is based on the violation of a rule recognized in positive law. The role of a court asked to resolve a private dispute relating to religion is limited to identifying the point at which rights converge so as to ensure respect for freedom of religion. The courts can play this role only if they remain neutral where religious precepts are concerned. The principle of non-intervention in religious practices makes it possible to avoid situations in which the courts have to decide between various religious rules or between rules of secular law and religious

d'engagements censés avoir des conséquences juridiquement exécutoires et négociés entre deux adultes consentants, tous deux représentés par un avocat. On ne demande pas à la Cour de trancher des questions de doctrine religieuse, et le *Code civil* n'empêche nullement une personne de transformer ses obligations morales en obligations juridiquement valides et exécutoires. [16] [20] [47] [51]

L'époux ne peut non plus se soustraire à l'obligation de payer des dommages-intérêts pour sa violation unilatérale du contrat en invoquant la liberté de religion reconnue à l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. La revendication du droit à la liberté de religion doit être conciliée avec les droits, les valeurs et le préjudice opposés, y compris la mesure dans laquelle ce droit est compatible avec les valeurs fondamentales canadiennes. Déterminer les circonstances dans lesquelles l'affirmation d'un droit doit céder le pas à un intérêt public plus pressant constitue un exercice complexe, nuancé, tributaire des faits propres à chaque espèce. [2] [77]

En l'espèce, la revendication de l'époux ne résiste pas à l'exercice d'appréciation que prescrivent la *Charte* québécoise et la jurisprudence de cette Cour. L'atteinte à la liberté de religion de l'époux est beaucoup moins grave que le préjudice causé tant à l'épouse personnellement qu'à l'intérêt, pour le public, d'assurer la protection de valeurs fondamentales telles les droits à l'égalité et l'exercice indépendant du choix pour une personne de se marier et de divorcer. Ces intérêts, tout comme l'avantage pour le public d'assurer le respect des obligations contractuelles valides et exécutoires, comptent parmi les inconvénients qui l'emportent sur la prétention de l'époux. [17] [70] [92]

Aucune raison ne justifie une modification de la décision du juge de première instance relative aux dommages-intérêts, aux intérêts et à l'indemnité additionnelle. [97-99]

Les juges Deschamps et Charron (dissidentes) : Le droit canadien ne prohibe pas la prise en considération par les tribunaux de questions à caractère religieux, à condition que la réclamation soit fondée sur la violation d'une règle reconnue en droit positif. Le rôle des tribunaux appelés à trancher un litige privé qui touche la religion se limite à déterminer le point de convergence des droits dans une quête de respect de la liberté de religion. Les tribunaux ne peuvent tenir ce rôle qu'en demeurant neutres devant les préceptes religieux. Le principe de non-intervention dans les pratiques religieuses permet d'éviter que les tribunaux aient à trancher entre diverses normes religieuses ou entre les règles

rules. In the instant case, the wife, B, has not argued that her civil rights were infringed by a civil standard derived from positive law. Under Canadian and Quebec law, she could remarry and any children born of this new union would have had the same civil rights as "legitimate" children. Only her religious rights are in issue, and only as a result of religious rules. Thus, the ground for B's claim for compensation conflicts with gains that are dear to civil society, and her claim places the courts in conflict with the laws they are responsible for enforcing. Where religion is concerned, the state leaves it to individuals to make their own choices. It is not up to the state to promote a religious norm. This is left to religious authorities. [102] [122-132]

It can be seen from an overview of the general approach taken by foreign courts with respect to religion and the legal mechanisms used to deal with *gets* that some of the solutions adopted are already available to Quebec and Canadian litigants, but that others are not because the rules are different in Canada. The decisions of each country's courts are based on mechanisms proper to that country and establish no principle of public law that would justify Canadian courts altering their approach. In Canada, the *get* issue is governed by internal private law rules. [154-155]

The clause in issue is found in a corollary relief agreement incorporated into a decree that orders the parties to comply with their undertakings. The inclusion in the corollary relief agreement of an undertaking to appear before the rabbinical authorities has the effect neither of making this undertaking a right or obligation provided for in the *Divorce Act* or the *Civil Code of Québec*, nor of making it relief corollary to the divorce. If clause 12 can serve as the basis for a separate action, it must be regarded as an autonomous clause and must satisfy the requirements of Quebec civil law. In the instant case, the clause in question cannot, legally, be characterized as a contract. It is a purely moral undertaking. Neither the undertaking to consent to a religious divorce nor the religious divorce itself has civil consequences. Since the parties did not envisage a juridical operation, it must be concluded that one of the essential elements of contract formation — the object (art. 1412 C.C.Q.) — is missing. [157-161] [174] [180]

Even if this moral undertaking had been actionable, the assessment of damages would have required the court to implement a rule of religious law that is not within its jurisdiction and that violates the secular law it is constitutionally responsible for applying. The

du droit laïque et les normes religieuses. En l'espèce, l'épouse, B, n'a pas prétendu que ses droits civils étaient brimés par une norme civile émanant du droit positif. En vertu du droit canadien et du droit québécois, elle pouvait se remarier et les enfants qui auraient pu naître de cette nouvelle union auraient eu les mêmes droits civils que les enfants « légitimes ». Seuls ses droits religieux sont en cause, et c'est le fait de normes religieuses. Le motif pour lequel B demande à être indemnisée se heurte donc à des acquis chers à la société civile et sa demande met les tribunaux en contradiction avec les lois qu'ils sont chargés de faire respecter. L'État laisse à chacun le soin de s'autoréglementer en matière religieuse. Il ne revient pas à l'État de faire la promotion d'une norme religieuse. Cela est laissé aux autorités religieuses. [102] [122-132]

Un survol de l'approche générale des tribunaux étrangers à l'égard de la religion et des mécanismes juridiques utilisés au sujet du *get* montre que certaines des solutions retenues sont déjà ouvertes aux justiciables québécois et canadiens, mais que plusieurs autres se heurtent à l'existence de règles différentes au Canada. Les décisions étrangères reposent sur les mécanismes propres à chaque pays, et ne contiennent pas de principe de droit public qui justifierait les tribunaux canadiens de modifier leur approche. Au Canada, le problème du *get* relève des règles internes de droit privé. [154-155]

La clause en litige figure dans une entente sur les mesures accessoires incorporée à un jugement qui ordonne aux parties de se conformer à leurs engagements. D'inclure à l'entente sur les mesures accessoires un engagement de se présenter devant les autorités rabbiniques ne fait pas de l'engagement un droit ou une obligation prévus par la *Loi sur le divorce* ou le *Code civil du Québec* et n'en fait pas non plus une mesure accessoire au divorce. Si la clause 12 peut fonder un recours distinct, elle doit être considérée comme une clause autonome et doit satisfaire aux exigences du droit civil québécois. Dans la présente affaire, cette clause ne peut pas, juridiquement, être qualifiée de contrat. Elle constitue un engagement purement moral. Ni les engagements à consentir à un divorce religieux ni le divorce religieux lui-même n'ont de conséquences civiles. Comme les parties n'envisageaient pas une opération juridique, il faut conclure que l'un des éléments essentiels à la formation du contrat, soit l'objet (art. 1412 C.c.Q.), est inexistant. [157-161] [174] [180]

Même si l'engagement moral avait donné ouverture à une action en justice, l'évaluation des dommages-intérêts obligerait le tribunal à mettre en œuvre une règle du droit religieux qui n'est pas de son ressort et qui porte atteinte à la loi laïque qu'il est constitutionnellement

damages claimed by B are based on her observance of specific religious precepts. Freedom of religion is not recognized as a means of forcing another person to perform a religious act. Nor can the civil courts be used to sanction the failure to perform such an act. B's argument, if it were accepted, would require recognition of a legal situation that is contrary to the rules of Canadian and Quebec family law, and to sanction the religious law would be to impose a rule that is inconsistent with the rights the secular courts are otherwise responsible for enforcing. [178-180]

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47; *McCaw v. United Church of Canada* (1991), 4 O.R. (3d) 481; *Lindenburger v. United Church of Canada* (1985), 10 O.A.C. 191; *Nathoo v. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (QL); *Amlani v. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653; *M. (N.M.) v. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 S.C.R. 165; *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6; H.C. 292/83, *Temple Mount Faithful v. Jerusalem District Police Commander*, 38(2) P.D. 449; *Christian Education South Africa v. Minister of Education* (2000), 10 B. Const. L.R. 1051; *Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591; *D. v. France*, Application No. 10180/82, December 6, 1983, D.R. 35, p. 199; Trib. civ. Seine, February 22, 1957, *Gaz. Pal.* 1957.1.246; Civ. 2e, December 13, 1972, D. 1973.493; *Brett v. Brett*, [1969] 1 All E.R. 1007; *In the Marriage of Shulsinger* (1977), 13 A.L.R. 537; *In the Marriage of Steinmetz* (1980), 6 F.L.R. 554; *Avitzur v. Avitzur*, 459 N.Y.S.2d 572 (1983); *Waxstein v. Waxstein*, 395 N.Y.S.2d 877 (1976), aff'd 394 N.Y.S.2d 253 (1977); *Rubin v. Rubin*, 348 N.Y.S.2d 61 (1973); *Minkin v. Minkin*, 434 A.2d 665 (1981); *Jane Doe v. John Doe*, Jerusalem Fam. Ct., No. 19270/03, December 21, 2004; H.C. 6751/04, *Sabag v. Supreme Rabbinical Court of Appeals*, 59(4) P.D. 817.

By Deschamps J. (dissenting)

Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village), [2004] 2 S.C.R. 650, 2004 SCC 48; *Haig v. Canada (Chief Electoral*

chargé d'appliquer. Les dommages-intérêts réclamés par B découlent de son adhésion à des préceptes religieux identifiés. La liberté de religion n'est pas reconnue comme moyen de contraindre une autre personne à accomplir un acte religieux. De plus, les tribunaux civils ne peuvent être utilisés pour sanctionner le défaut d'accomplir un tel acte. L'argument de B, s'il était retenu, obligerait à reconnaître une situation juridique contraire aux règles du droit de la famille canadien et québécois, et sanctionner la loi religieuse reviendrait à imposer une règle incompatible avec les droits que les tribunaux laïques ont par ailleurs la responsabilité de faire reconnaître. [178-180]

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47; *McCaw c. United Church of Canada* (1991), 4 O.R. (3d) 481; *Lindenburger c. United Church of Canada* (1985), 10 O.A.C. 191; *Nathoo c. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (QL); *Amlani c. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653; *M. (N.M.) c. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165; *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6; H.C. 292/83, *Temple Mount Faithful c. Jerusalem District Police Commander*, 38(2) P.D. 449; *Christian Education South Africa c. Minister of Education* (2000), 10 B. Const. L.R. 1051; *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591; *D. c. France*, requête nº 10180/82, 6 décembre 1983, D.R. 35, p. 199; Trib. civ. Seine, 22 février 1957, *Gaz. Pal.* 1957.1.246; Civ. 2e, 13 décembre 1972, D. 1973.493; *Brett c. Brett*, [1969] 1 All E.R. 1007; *In the Marriage of Shulsinger* (1977), 13 A.L.R. 537; *In the Marriage of Steinmetz* (1980), 6 F.L.R. 554; *Avitzur c. Avitzur*, 459 N.Y.S.2d 572 (1983); *Waxstein c. Waxstein*, 395 N.Y.S.2d 877 (1976), conf. par 394 N.Y.S.2d 253 (1977); *Rubin c. Rubin*, 348 N.Y.S.2d 61 (1973); *Minkin c. Minkin*, 434 A.2d 665 (1981); *Jane Doe c. John Doe*, Trib. fam. Jérusalem, nº 19270/03, 21 décembre 2004; H.C. 6751/04, *Sabag c. Supreme Rabbinical Court of Appeals*, 59(4) P.D. 817.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village), [2004] 2 R.C.S. 650, 2004 CSC 48; *Haig c. Canada (Directeur général des*

Officer), [1993] 2 S.C.R. 995; *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550; *Nathoo v. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (QL); *Amlani v. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653; *M. (N.M.) v. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346; *Kaddoura v. Hammoud* (1998), 168 D.L.R. (4th) 503; *Despatie v. Tremblay* (1921), 47 B.R. 305; *Ukrainian Greek Orthodox Church of Canada v. Trustees of the Ukrainian Greek Orthodox Cathedral of St. Mary the Protectress*, [1940] S.C.R. 586; *Ouaknine v. Elbilia*, [1981] C.S. 32; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 S.C.R. 165; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47; *Ouellette v. Gingras*, [1972] C.A. 247; *Curé et marguilliers de l'œuvre et fabrique de la paroisse de St-Zacharie v. Morin*, [1968] C.S. 615; *Mathys v. Demers*, [1968] C.S. 172; *Bergeron v. Proulx*, [1967] C.S. 579; Civ. 2e, April 21, 1982, *Bull. civ.* II, No. 62; Civ. 2e, June 5, 1985, J.C.P. 1987.II.20728; Civ. 2e, June 15, 1988, *Bull. civ.* II, No. 146; Civ. 2e, November 21, 1990, D. 1991.434; *R. (S.B.) v. Governors of Denbigh High School*, [2007] 1 A.C. 100, [2006] UKHL 15; *Brett v. Brett*, [1969] 1 All E.R. 1007; *Leskun v. Leskun*, [2006] 1 S.C.R. 920, 2006 SCC 25; *Serbian Eastern Orthodox Diocese for the United States of America and Canada v. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976); *Schwartz v. Schwartz*, 583 N.Y.S.2d 716 (1992); *Giahn v. Giahn*, N.Y. Sup. Ct., April 13, 2000, unreported; *Avitzur v. Avitzur*, 459 N.Y.S.2d 572 (1983); *Segal v. Segal*, 650 A.2d 996 (1994); H.C. 292/83, *Temple Mount Faithful v. Jerusalem District Police Commander*, 38(2) P.D. 449; Cr. A. 112/50, *Yosifof v. Attorney-General*, 5 P.D. 481; *Jane Doe v. John Doe*, Jerusalem Fam. Ct., No. 19270/03, December 21, 2004; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Christiaenssens v. Rigault*, [2006] Q.J. No. 5765 (QL), 2006 QCCA 853.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57, s. 9.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2.
Canadian Multiculturalism Act, R.S.C. 1985, c. 24 (4th Supp.).
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1.
Civil Code of Lower Canada, arts. 982, 983, 984.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1373, 1378, 1385, 1410, 1412, 1413, 1607, 1618, 1619.
Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15.1, 15.2, 16, 21.1.
Foundations of Law Act, 1980, 5740-1980, 34 L.S.I. 181 (1979-80), s. 1.
N.Y. Domestic Relations Law § 253 (Consol. 1990).
United States Constitution, First Amendment.

élections), [1993] 2 R.C.S. 995; *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550; *Nathoo c. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (QL); *Amlani c. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653; *M. (N.M.) c. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346; *Kaddoura c. Hammoud* (1998), 168 D.L.R. (4th) 503; *Despatie c. Tremblay* (1921), 47 B.R. 305; *Ukrainian Greek Orthodox Church of Canada c. Trustees of the Ukrainian Greek Orthodox Cathedral of St. Mary the Protectress*, [1940] R.C.S. 586; *Ouaknine c. Elbilia*, [1981] C.S. 32; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47; *Ouellette c. Gingras*, [1972] C.A. 247; *Curé et marguilliers de l'œuvre et fabrique de la paroisse de St-Zacharie c. Morin*, [1968] C.S. 615; *Mathys c. Demers*, [1968] C.S. 172; *Bergeron c. Proulx*, [1967] C.S. 579; Civ. 2e, 21 avril 1982, *Bull. civ.* II, no 62; Civ. 2e, 5 juin 1985, J.C.P. 1987.II.20728; Civ. 2e, 15 juin 1988, *Bull. civ.* II, no 146; Civ. 2e, 21 novembre 1990, D. 1991.434; *R. (S.B.) c. Governors of Denbigh High School*, [2007] 1 A.C. 100, [2006] UKHL 15; *Brett c. Brett*, [1969] 1 All E.R. 1007; *Leskun c. Leskun*, [2006] 1 R.C.S. 920, 2006 CSC 25; *Serbian Eastern Orthodox Diocese for the United States of America and Canada c. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976); *Schwartz c. Schwartz*, 583 N.Y.S.2d 716 (1992); *Giahn c. Giahn*, N.Y. Sup. Ct., 13 avril 2000, non publié; *Avitzur c. Avitzur*, 459 N.Y.S.2d 572 (1983); *Segal c. Segal*, 650 A.2d 996 (1994); H.C. 292/83, *Temple Mount Faithful c. Jerusalem District Police Commander*, 38(2) P.D. 449; Cr. A. 112/50, *Yosifof c. Attorney-General*, 5 P.D. 481; *Jane Doe c. John Doe*, Trib. fam. Jérusalem, no 19270/03, 21 décembre 2004; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Christiaenssens c. Rigault*, [2006] J.Q. no 5765 (QL), 2006 QCCA 853.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 9.1.
Code civil du Bas Canada, art. 982, 983, 984.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1373, 1378, 1385, 1410, 1412, 1413, 1607, 1618, 1619.
Constitution des États-Unis d'Amérique, Premier amendement.
Foundations of Law Act, 1980, 5740-1980, 34 L.S.I. 181 (1979-80), art. 1.
Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57, art. 9.
Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), art. 15.1, 15.2, 16, 21.1.
Loi sur le multiculturalisme canadien, L.R.C. 1985, ch. 24 (4e suppl.).
N.Y. Domestic Relations Law § 253 (Consol. 1990).

Treaties and Other International Instruments

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, art. 9.

Authors Cited

Agostini, Éric. Observation sous Civ. 2e, 5 juin 1985, J.C.P. 1987.II.20728.

Agostini, Éric. Observation sous Civ. 2e, 21 novembre 1990, D. 1991.434.

Atlan, Gabrielle. *Les Juifs et le divorce: Droit, histoire et sociologie du divorce religieux*. New York: Peter Lang, 2002.

Barbier, Pierre. "Le problème du 'Gueth'", *Gaz. Pal.* 1987.484.

Barnett, Adrienne. "Getting a 'Get' — The Limits of Law's Authority?: *N. v. N. (Jurisdiction: Pre-Nuptial Agreement)* [1999] 2 F.L.R. 745" (2000), 8 *Fem. Legal Stud.* 241.

Baudouin et Jobin: Les obligations, 6e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.

Benjamin, Ben. "Judaism and the Laws of Divorce", [2001] *UCL Jurisprudence Rev.* 177.

Bleich, J. David. "Jewish Divorce: Judicial Misconceptions and Possible Means of Civil Enforcement" (1984), 16 *Conn. L. Rev.* 201.

Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto: Emond Montgomery, 1993.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 34th Parl., February 15, 1990, pp. 8375-77.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VIII, 2nd Sess., 34th Parl., May 4, 1990, pp. 11033-34.

Capell, Heather Lynn. "After the Glass Has Shattered: A Comparative Analysis of Orthodox Jewish Divorce in the United States and Israel" (1998), 33 *Tex. Int'l L.J.* 331.

Chigier, M. "Ruminations Over the Agunah Problem" (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 207.

Comparato, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 1964.

de Naurois, Louis. Observation sous Trib. civ. Metz, 27 avril 1955, Trib. civ. Grenoble, 7 mai 1958, Paris 1re, 4 février 1959, J.C.P. 1960.II.11632.

Einhorn, Talia. "Jewish Divorce in the International Arena", in Jürgen Basedow et al., eds., *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification: Liber Amicorum Kurt Siehr*. The Hague: T.M.C. Asser, 2000, 135.

Traités et autres instruments internationaux

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 9.

Doctrine citée

Agostini, Éric. Observation sous Civ. 2e, 5 juin 1985, J.C.P. 1987.II.20728.

Agostini, Éric. Observation sous Civ. 2e, 21 novembre 1990, D. 1991.434.

Atlan, Gabrielle. *Les Juifs et le divorce : Droit, histoire et sociologie du divorce religieux*. New York : Peter Lang, 2002.

Barbier, Pierre. « Le problème du "Gueth" », *Gaz. Pal.* 1987.484.

Barnett, Adrienne. « Getting a "Get" — The Limits of Law's Authority? : *N. v. N. (Jurisdiction : Pre-Nuptial Agreement)* [1999] 2 F.L.R. 745 » (2000), 8 *Fem. Legal Stud.* 241.

Baudouin et Jobin : Les obligations, 6e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005.

Benjamin, Ben. « Judaism and the Laws of Divorce », [2001] *UCL Jurisprudence Rev.* 177.

Bleich, J. David. « Jewish Divorce : Judicial Misconceptions and Possible Means of Civil Enforcement » (1984), 16 *Conn. L. Rev.* 201.

Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto : Emond Montgomery, 1993.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2e sess., 34e lég., 15 février 1990, p. 8375-8377.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 2e sess., 34e lég., 4 mai 1990, p. 11033-11034.

Capell, Heather Lynn. « After the Glass Has Shattered : A Comparative Analysis of Orthodox Jewish Divorce in the United States and Israel » (1998), 33 *Tex. Int'l L.J.* 331.

Chigier, M. « Ruminations Over the Agunah Problem » (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 207.

Comparato, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris : Dalloz, 1964.

de Naurois, Louis. Observation sous Trib. civ. Metz, 27 avril 1955, Trib. civ. Grenoble, 7 mai 1958, Paris 1re, 4 février 1959, J.C.P. 1960.II.11632.

Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les obligations. Comité de rédaction : France Allard et autres. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

Einhorn, Talia. « Jewish Divorce in the International Arena », in Jürgen Basedow et al., eds., *Private Law in the International Arena : From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification :*

Freeman, M. D. A. "Jews and the Law of Divorce in England" (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 276.

Glenn, H. Patrick. "Where Heavens Meet: The Compelling of Religious Divorces" (1980), 28 *Am. J. Comp. L.* 1.

Greenawalt, Kent. "Religious Law and Civil Law: Using Secular Law to Assure Observance of Practices with Religious Significance" (1998), 71 *S. Cal. L. Rev.* 781.

Karim, Vincent. *Les obligations*, 2e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2002.

Lapidoth, Ruth. "Freedom of Religion and of Conscience in Israel" (1998), 47 *Cath. U. L. Rev.* 441.

Larroumet, Christian. Note sous Civ. 2e, 13 décembre 1972, D. 1973.493.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations.* Montréal: Thémis, 2006.

Meislin, Bernard J. "Pursuit of the Wife's Right to a 'Get' in United States and Canadian Courts" (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 250.

Ogilvie, M. H. *Religious Institutions and the Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2003.

Pineau, Jean. "Theory of Obligations", in *Reform of the Civil Code*, vol. 2A, *Obligations.* Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Translated by Susan Altschul. Montréal: Barreau du Québec, 1993.

Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Obligations. Editorial Committee: France Allard et al. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3e sess., 32e lég., 16 décembre 1982, p. B-11609.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec: Un mouvement de société*, t. I. Québec: Publications du Québec, 1993.

Riskin, Shlomo. *A Jewish Woman's Right to Divorce: A Halakhic History and a Solution for the Agunah.* Jersey City, New Jersey: KTAV Publishing, 2006.

Shachar, Ayelet. *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights.* Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

Shifman, Pinhas. "Family Law in Israel: The Struggle Between Religious and Secular Law" (1990), 24 *Isr. L. Rev.* 537.

Sossin, Lorne. *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada.* Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

Washofsky, Mark. "The Recalcitrant Husband: The Problem of Definition" (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 144.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Hilton, Dutil and Bich JJ.A.), [2005]

Liber Amicorum Kurt Siehr. The Hague : T.M.C. Asser, 2000, 135.

Freeman, M. D. A. « Jews and the Law of Divorce in England » (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 276.

Glenn, H. Patrick. « Where Heavens Meet : The Compelling of Religious Divorces » (1980), 28 *Am. J. Comp. L.* 1.

Greenawalt, Kent. « Religious Law and Civil Law : Using Secular Law to Assure Observance of Practices with Religious Significance » (1998), 71 *S. Cal. L. Rev.* 781.

Karim, Vincent. *Les obligations*, 2e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2002.

Lapidoth, Ruth. « Freedom of Religion and of Conscience in Israel » (1998), 47 *Cath. U. L. Rev.* 441.

Larroumet, Christian. Note sous Civ. 2e, 13 décembre 1972, D. 1973.493.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations.* Montréal : Thémis, 2006.

Meislin, Bernard J. « Pursuit of the Wife's Right to a "Get" in United States and Canadian Courts » (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 250.

Ogilvie, M. H. *Religious Institutions and the Law in Canada*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2003.

Pineau, Jean. « Théorie des obligations », dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, contrats nommés.* Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 9.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats : Commissions parlementaires*, 3e sess., 32e lég., 16 décembre 1982, p. B-11609.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec : Un mouvement de société*, t. I. Québec : Publications du Québec, 1993.

Riskin, Shlomo. *A Jewish Woman's Right to Divorce : A Halakhic History and a Solution for the Agunah.* Jersey City, New Jersey : KTAV Publishing, 2006.

Shachar, Ayelet. *Multicultural Jurisdictions : Cultural Differences and Women's Rights.* Cambridge : Cambridge University Press, 2001.

Shifman, Pinhas. « Family Law in Israel : The Struggle Between Religious and Secular Law » (1990), 24 *Isr. L. Rev.* 537.

Sossin, Lorne. *Boundaries of Judicial Review : The Law of Justiciability in Canada.* Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.

Washofsky, Mark. « The Recalcitrant Husband : The Problem of Definition » (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 144.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Hilton, Dutil et Bich), [2005]

R.J.Q. 2482, 259 D.L.R. (4th) 55, [2005] R.D.F. 714, 36 C.C.L.T. (3d) 14, 31 R.F.L. (6th) 265, [2005] Q.J. No. 13563 (QL), 2005 QCCA 835, reversing a decision of Mass J., [2003] R.J.Q. 1189 (*sub nom. S.B.B. v. J.BE.M.*), [2003] R.D.F. 342, [2003] Q.J. No. 2896 (QL) (*sub nom. S.B.B. v. J.B.M.*). Appeal allowed, Deschamps and Charron JJ. dissenting.

Alan M. Stein, *William Brock*, *David Stolow* and *Brandon Wiener*, for the appellant.

Anne-France Goldwater and *Marie-Hélène Dubé*, for the respondent.

Andrew K. Lokan and *Jeff Larry*, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella and Rothstein JJ. was delivered by

ABELLA J. — Canada rightly prides itself on its evolutionary tolerance for diversity and pluralism. This journey has included a growing appreciation for multiculturalism, including the recognition that ethnic, religious or cultural differences will be acknowledged and respected. Endorsed in legal instruments ranging from the statutory protections found in human rights codes to their constitutional enshrinement in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the right to integrate into Canada's mainstream based on and notwithstanding these differences has become a defining part of our national character.

The right to have differences protected, however, does not mean that those differences are always hegemonic. Not all differences are compatible with Canada's fundamental values and, accordingly, not all barriers to their expression are arbitrary. Determining when the assertion of a right based on difference must yield to a more pressing public interest is a complex, nuanced, fact-specific exercise that defies bright-line application. It is, at the same time, a delicate necessity for protecting

R.J.Q. 2482, 259 D.L.R. (4th) 55, [2005] R.D.F. 714, 36 C.C.L.T. (3d) 14, 31 R.F.L. (6th) 265, [2005] J.Q. nº 13563 (QL), 2005 QCCA 835, qui a infirmé une décision du juge Mass, [2003] R.J.Q. 1189 (*sub nom. S.B.B. c. J.BE.M.*), [2003] R.D.F. 342, [2003] J.Q. nº 2896 (QL) (*sub nom. S.B.B. c. J.B.M.*). Pourvoi accueilli, les juges Deschamps et Charron sont dissidentes.

Alan M. Stein, *William Brock*, *David Stolow* et *Brandon Wiener*, pour l'appelante.

Anne-France Goldwater et *Marie-Hélène Dubé*, pour l'intimé.

Andrew K. Lokan et *Jeff Larry*, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella et Rothstein rendu par

LA JUGE ABELLA — Le Canada est fier avec raison de sa tolérance évolutive à l'égard de la diversité et du pluralisme. Au fil des ans, l'acceptation du multiculturalisme n'a cessé de croître et l'on reconnaît que les différences ethniques, religieuses ou culturelles seront acceptées et respectées. Confirmé dans des textes de loi, que ce soit par des mesures de protection figurant dans les codes des droits de la personne ou par son inscription dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit de chacun de s'intégrer dans la société canadienne avec ses différences — et malgré celles-ci — est devenu un élément déterminant de notre caractère national. 1

Toutefois, le droit à la protection des différences ne signifie pas que ces différences restent toujours prépondérantes. Celles-ci ne sont pas toutes compatibles avec les valeurs canadiennes fondamentales et par conséquent, les obstacles à leur expression ne sont pas tous arbitraires. Déterminer les circonstances dans lesquelles l'affirmation d'un droit fondé sur une différence doit céder le pas à un intérêt public plus pressant constitue un exercice complexe, nuancé, tributaire des faits propres 2

the evolutionary integrity of both multiculturalism and public confidence in its importance.

Background

3 A *get* is a Jewish divorce. Only a husband can give one. A wife cannot obtain a *get* unless her husband agrees to give it. Under Jewish law, he does so by "releasing" his wife from the marriage and authorizing her to remarry. The process takes place before three rabbis in what is known as a *beth din*, or rabbinical court.

4 The husband must voluntarily give the *get* and the wife consent to receive it. When he does not, she is without religious recourse, retaining the status of his wife and unable to remarry until he decides, in his absolute discretion, to divorce her. She is known as an *agunah* or "chained wife". Any children she would have on civil remarriage would be considered "illegitimate" under Jewish law.

5 For an observant Jewish woman in Canada, this presents a dichotomous scenario: under Canadian law, she is free to divorce her husband regardless of his consent; under Jewish law, however, she remains married to him unless he gives his consent. This means that while she can remarry under Canadian law, she is prevented from remarrying in accordance with her religion. The inability to do so, for many Jewish women, results in the loss of their ability to remarry at all.

6 The vast majority of Jewish husbands freely give their wives a *get*. Those who do not, however, represent a long-standing source of concern and frustration in Jewish communities (Talia Einhorn, "Jewish Divorce in the International Arena", in J. Basedow et al., eds., *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification: Liber Amicorum Kurt Siehr* (2000), 135; H. Patrick Glenn, "Where Heavens Meet: The Compelling of Religious Divorces" (1980), 28 *Am. J. Comp. L.* 1;

à chaque espèce qu'il serait illusoire d'encadrer nettement. Mais cette tâche est également une délicate nécessité, requise afin de protéger l'intégrité évolutive du multiculturalisme et de l'assurance du public quant à son importance.

Contexte

Le *get* est un divorce juif. Seul l'époux peut l'accorder. L'épouse ne peut obtenir le *get* que si son époux consent à l'accorder. Selon la loi juive, il le fait en « libérant » son épouse du mariage et en l'autorisant à se remarier. Le processus se déroule devant trois rabbins, devant ce qu'on appelle un *beth din* ou tribunal rabbinique.

L'époux doit accorder volontairement le *get*, et l'épouse doit accepter de le recevoir. Si le premier ne l'accorde pas, la seconde est sans recours religieux; elle conserve le statut d'épouse et ne peut se remarier jusqu'à ce que l'époux décide, à son entière discrétion, de divorcer. Elle est considérée comme une *agunah* — une « femme enchaînée ». Tout enfant né d'un remariage civil serait considéré comme « illégitime » selon la loi juive.

Une juive pratiquante vivant au Canada se trouve donc dans une situation dichotomique : en droit canadien, elle est libre de divorcer de son époux peu importe qu'il y consente ou non, mais, selon la loi juive, elle reste mariée à lui sauf s'il consent au divorce. Ce qui signifie que, alors qu'elle peut se remarier suivant le droit canadien, elle ne peut le faire conformément à sa religion. Pour bien des femmes juives, cette incapacité entraîne la perte de la faculté de se remarier un jour.

Dans la vaste majorité des cas, l'époux juif qui divorce accorde de son plein gré le *get* à son épouse. Toutefois, le refus de l'époux d'accorder le *get* représente depuis longtemps une source d'inquiétude et de frustration au sein des communautés juives (Talia Einhorn, « Jewish Divorce in the International Arena », dans J. Basedow et autres (dir.), *Private Law in the International Arena : From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification : Liber Amicorum Kurt Siehr* (2000), 135; H. Patrick Glenn, « Where Heavens

M. D. A. Freeman, "Jews and the Law of Divorce in England" (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 276; Bernard J. Meislin, "Pursuit of the Wife's Right to a 'Get' in United States and Canadian Courts" (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 250; Mark Washofsky, "The Recalcitrant Husband: The Problem of Definition" (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 144; M. Chigier, "Ruminations Over the Agunah Problem" (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 207; Shlomo Riskin, *A Jewish Woman's Right to Divorce: A Halakhic History and a Solution for the Agunah* (2006); Ayelet Shachar, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights* (2001); and J. David Bleich, "Jewish Divorce: Judicial Misconceptions and Possible Means of Civil Enforcement" (1984), 16 *Conn. L. Rev.* 201).

Meet : The Compelling of Religious Divorces » (1980), 28 *Am. J. Comp. L.* 1; M. D. A. Freeman, « Jews and the Law of Divorce in England » (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 276; Bernard J. Meislin, « Pursuit of the Wife's Right to a "Get" in United States and Canadian Courts » (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 250; Mark Washofsky, « The Recalcitrant Husband : The Problem of Definition » (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 144; M. Chigier, « Ruminations Over the Agunah Problem » (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 207; Shlomo Riskin, *A Jewish Woman's Right to Divorce : A Halakhic History and a Solution for the Agunah* (2006); Ayelet Shachar, *Multicultural Jurisdictions : Cultural Differences and Women's Rights* (2001); J. David Bleich, « Jewish Divorce : Judicial Misconceptions and Possible Means of Civil Enforcement » (1984), 16 *Conn. L. Rev.* 201).

In response to these concerns, after consultation with the leaders of 50 religious groups in Canada and with the specific agreement of the Roman Catholic, Presbyterian and Anglican churches, in 1990 the then Minister of Justice, Doug Lewis, introduced amendments to the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), Bill C-61, giving a court discretionary authority to prevent a spouse from obtaining relief under the Act if that spouse refused to remove a barrier to religious remarriage (s. 21.1). At second reading, the Minister outlined the motivation for these amendments, explaining:

En 1990, en réponse à ces préoccupations, à la suite de consultations auprès des chefs de 50 groupes religieux au Canada et après avoir obtenu l'accord spécifique des Églises catholique romaine, presbytérienne et anglicane, le ministre de la Justice, M. Doug Lewis, a proposé dans le projet de loi C-61 des modifications à la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), conférant aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un époux d'obtenir réparation sous le régime de la loi si ce dernier refuse de supprimer tout obstacle au remariage religieux (l'art. 21.1). Lors de l'examen de ces modifications en deuxième lecture, le ministre a expliqué ainsi la motivation de cette modification : 7

The bill before us today is an amendment to the Divorce Act which would provide a court with discretionary powers to preclude a spouse from obtaining relief or proceeding under the Divorce Act where that spouse refuses to remove a barrier to religious remarriage and where the power to remove the barrier to religious remarriage lies solely with that person. Where the court is satisfied that the spouse who refuses to remove the barrier has genuine grounds of a religious or conscientious nature for doing so, it need not exercise its discretion to grant the remedy provided for in this legislation.

. . . A spouse should not be able to refuse to participate in a Jewish religious divorce — called a Get — in order to obtain concessions in a civil divorce. The Get should

Le projet de loi que nous devons examiner aujourd'hui vise à modifier la *Loi sur le divorce* afin de reconnaître à un tribunal les pouvoirs discrétionnaires nécessaires pour empêcher un conjoint d'obtenir des mesures accessoires ou d'exercer des recours aux termes de la *Loi sur le divorce* lorsque ce conjoint ne veut pas supprimer un obstacle au remariage religieux et lorsque seule cette personne peut supprimer cet obstacle au remariage religieux. Si le tribunal est convaincu que le conjoint qui ne veut pas supprimer l'obstacle agit ainsi pour des motifs de religion et de conscience, il aura la discrétion de refuser ce remède.

. . . Un conjoint ne devrait pas avoir la possibilité de refuser de participer à un divorce religieux juif (un Get) afin d'obtenir des concessions dans un divorce civil. Le

not be used as a bargaining tool for child custody and access or monetary support.

. . . I am concerned about protecting the integrity of the Divorce Act and preventing persons from avoiding the application of the principles contained in the act. For example, a wife may feel compelled to agree to custody arrangements which are not truly in the best interests of a couple's child in order to obtain a Get.

I want to take a few minutes to describe briefly the dilemma certain Jewish persons face because of their religious divorce procedures. In the Jewish religion divorce is accomplished by the delivery of a Get from the husband and its acceptance by the wife in the presence of a Rabbinical Court. According to the Jewish religious traditions, the procedure cannot be changed. Without a Get, a Jewish woman cannot remarry in her own faith. Children of a subsequent civil marriage suffer religious disabilities. While difficult remarriage within the Jewish faith for a man in the same circumstances is not impossible.

. . .

. . . the government is moving where it can and where it is brought to the government's attention to eliminate sexism and gender bias in the law. . . .

. . .

It is the case that in some religions, the Roman Catholic, Greek Orthodox and Islam, annulment or divorce may proceed more easily and faster if the couple agree.

However, in all these cases, the authority to grant the annulment or divorce rests with the religious tribunal, not the couple.

An un-co-operative spouse may delay a decision, but ultimately he or she cannot prevent the religious tribunal from rendering its decision.

In these religions, the spouse initiating the action can ask the religious authorities to deal with this problem.

The Jewish spouse does not have that recourse.

(*House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 34th Parl., February 15, 1990, at pp. 8375-77)

Get ne devrait pas être utilisé comme outil de marchandage à des fins de garde d'enfants, de droits de visite et de pension alimentaire.

. . . J'ai à cœur d'assurer le respect de la *Loi sur le divorce* et d'éviter que des personnes ne se soustraient à l'application des principes que contient cette loi. Par exemple, afin d'obtenir un Get, une épouse peut se sentir obligée de consentir à une entente de garde d'enfant qui ne soit pas véritablement dans le meilleur intérêt de l'enfant du couple.

Permettez-moi de décrire brièvement le dilemme auquel certaines personnes juives doivent faire face à cause de leurs procédures de divorce religieux. Dans la religion juive, le divorce se réalise quand le mari accorde un Get et que sa femme l'accepte devant le tribunal rabbinique. Selon la tradition judaïque, cette procédure ne peut pas être changée. Sans un Get, une femme juive ne peut pas se remarier dans sa religion. Les enfants issus de tout mariage civil subséquent ne sont pas reconnus comme juifs à part entière. Pour un homme, dans les mêmes circonstances, le remariage dans la religion juive, quoique difficile, reste possible.

. . .

. . . le gouvernement tente quand il le peut, et quand on attire son attention sur ce genre de questions, de supprimer dans la loi tout élément sexiste ou tout préjugé contre les femmes. . .

. . .

Il est vrai que dans certaines religions, chez les Catholiques romains, les Grecs orthodoxes et les Musulmans par exemple, une annulation de mariage ou un divorce peut être obtenu plus facilement et plus rapidement s'il y a consentement du couple.

Cependant, dans tous les cas, c'est le tribunal religieux et non pas le couple qui détient le pouvoir d'accorder l'annulation du mariage ou le divorce.

Un conjoint récalcitrant peut faire retarder la décision, mais ultimement, il ou elle ne pourra pas empêcher le tribunal religieux de rendre sa décision.

Dans ces religions, un conjoint brimé peut s'adresser aux autorités religieuses pour résoudre ce problème.

Le conjoint juif ne dispose pas d'un tel recours.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2e sess., 34e lég., 15 février 1990, p. 8375-8377)

At third reading of these amendments, Kim Campbell, who succeeded Mr. Lewis as Minister of Justice, confirmed the policy rationale for this legislative initiative:

The purpose of this bill is to assist Jewish citizens whose spouses are withholding a religious divorce, which is called a get, in order to obtain concessions in a civil divorce. . . .

. . .

The consequences to women deprived of a get and loyal to their faith are severe. They may not remarry within their faith, even though civilly divorced. If they do remarry, children from a second civil marriage are considered illegitimate and restricted from practising their religion. Such consequences to a religious person leave them open to blackmail from the spouse withholding the get. For example, the spouse could say, "Give up your claim for support or custody of the children and I will offer the get." Even those not contemplating a second marriage find it uncomfortable to be considered married within their religion to someone they have divorced civilly.

The vast majority of adherents to the Jewish faith condemn as unfair this practice of bargaining with the get. Yet they are powerless to amend the situation. Persuasion by rabbis has often proved ineffective. Since the dispersion of the Jews there is no central Jewish authority to amend the Jewish legal code, . . . which governs the get. Nor is there any modern-day authority within rabbinical courts to enforce the offer and receipt of gets. Full support for Bill C-61 was expressed by major Jewish organizations who attended the hearings before the legislative committee. Representatives of the three Parties praised the bill and quickly passed two minor technical amendments.

. . .

As well, the Toronto Board of Orthodox Rabbis . . . endorsed the legislation and the two amendments.

. . .

[*Translation*]

Bill C-61 will enable Canada's Jewish community to preserve its traditions without destabilizing models

Lors de l'examen de ces modifications en troisième lecture, M^me^ Kim Campbell, qui a succédé à M. Lewis comme ministre de la Justice, a confirmé les raisons de principe justifiant cette mesure législative : 8

Le projet de loi vise à aider les citoyens juifs à qui le conjoint refuse le Get, le divorce religieux qui permettrait le remariage religieux, afin d'obtenir des concessions devant un tribunal civil. . .

. . .

Les répercussions sont très sérieuses pour les femmes fidèles à leur religion à qui le Get est refusé. Elles ne peuvent se marier avec un coreligionnaire, même si elles ont obtenu un divorce civil. Si elles se remarient, les enfants d'un deuxième mariage civil sont considérés comme illégitimes et ils ne peuvent pratiquer leur religion. Pareilles conséquences exposent les femmes religieuses au chantage que peut faire le conjoint en refusant le Get. Le conjoint pourrait dire, par exemple : « Si tu renonces à la pension alimentaire ou à la garde des enfants, je consentirai au divorce. » Même ceux qui ne songent pas à se remarier trouve[nt] gênant d'être considérés comme mariés religieusement à quelqu'un dont ils sont divorcés civilement.

La grande majorité de ceux qui adhèrent à la foi juive trouvent inacceptable cette façon de marchander le consentement. Ils sont cependant incapables de modifier la situation. L'intervention des rabbins est souvent sans effet. Depuis la dispersion des juifs, il n'existe pas d'autorité juive centrale qui puisse modifier le code juridique juif [. . .] qui gouverne le consentement au divorce. Les tribunaux rabbiniques modernes n'ont pas non plus d'autorité sur les demandes et l'acceptation du divorce. Les principales organisations juives qui ont assisté aux audiences du comité législatif approuvent entièrement le projet de loi C-61. Les représentants des trois partis ont loué le projet de loi et ont adopté rapidement deux amendements d'ordre technique.

. . .

En outre, le Toronto Board of Orthodox Rabbis [. . .] [a] appuyé le projet de loi et les deux amendements.

[*Français*]

Le projet de loi C-61 permettra à la communauté juive du Canada de conserver ses traditions sans déstabiliser

of family life. It also ensures that the principles of the Divorce Act with respect to alimony and custody are applied equally to all Canadians.

(*House of Commons Debates*, vol. VIII, 2nd Sess., 34th Parl., May 4, 1990, at pp. 11033-34)

9 For many years, civil courts have attempted to remedy, or compensate for, the husband's recalcitrance in refusing to provide a *get* to his wife. They are often faced with assertions by the husband that such interventions are a violation of his freedom of religion.

10 This is one such case. The husband and wife, each represented by counsel, voluntarily negotiated and signed a "Consent to Corollary Relief" in order to settle their matrimonial disputes. One of the commitments made in the agreement was that they would attend before the rabbinical court to obtain a *get*.

11 The husband refused to do so for 15 years, challenging the very validity of the agreement he freely made, claiming that its religious aspect rendered it unenforceable under Quebec law, and arguing that he was entitled to be shielded by his right to freedom of religion from the consequences of refusing to comply with his commitment.

12 The wife, on the other hand, asserted that the agreement to attend and obtain a *get* was part of the trade-offs negotiated by the parties (they signed mutual releases) and was consistent with Quebec law and values. She sought a remedy in the form of damages to compensate her for the husband's extended non-compliance. She did not seek an order of specific performance directing him to appear before the rabbis.

13 There are, therefore, two issues raised by this case. The first is whether the agreement in the Consent to give a *get* is a valid and binding contractual obligation under Quebec law. This first question involves examining the relevant provisions and

les modèles de vie familiale. Il assure également que les principes de la Loi sur le divorce quant à la pension alimentaire et à la garde seront appliqués également à tous les Canadiens.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 2e sess., 34e lég., 4 mai 1990, p. 11033-11034)

Les tribunaux civils tentent depuis de nombreuses années d'accorder une réparation ou un dédommagement lorsque l'époux s'entête à refuser le *get* à son épouse. Ils se heurtent souvent aux affirmations de l'époux voulant qu'une telle intervention constitue une violation de sa liberté de religion.

C'est le cas en l'espèce. L'époux et l'épouse, représentés tous deux par un avocat, ont volontairement négocié et signé une [TRADUCTION] « Entente relative aux mesures accessoires » en vue de régler leurs litiges matrimoniaux. Suivant un des engagements de l'entente, ils devaient tous deux se présenter devant le tribunal rabbinique en vue d'obtenir le *get*.

Durant 15 ans, l'époux a refusé d'accorder le *get*, contestant la validité même de l'entente qu'il avait conclue de plein gré. Il prétend qu'en raison de ses aspects religieux, l'entente était inexécutoire en droit québécois et affirme que son droit à la liberté de religion pouvait le soustraire aux conséquences du refus de se conformer à son engagement.

Par contre, l'épouse a soutenu que l'entente prévoyant qu'ils se présentent devant le tribunal rabbinique en vue d'obtenir le *get* s'inscrivait dans les compromis négociés par les parties (tous deux ont signé des mainlevées) et était conforme aux valeurs et au droit québécois. Elle a demandé un redressement sous forme de dommages-intérêts pour être indemnisée en raison du refus prolongé du mari de se conformer à l'entente. Elle n'a pas demandé au tribunal d'ordonner à son époux de se présenter devant le tribunal rabbinique.

Ainsi, deux questions se posent en l'espèce. La première est de savoir si l'engagement d'accorder le *get* pris dans l'entente constitue une obligation contractuelle valide et exécutoire en droit québécois. L'examen des dispositions et des principes du

principles of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64.

If the commitment is a legally binding one under Quebec law, we must determine whether the husband can rely on freedom of religion to avoid the legal consequences of failing to comply with a lawful agreement. This inquiry takes place within the boundaries set by the provisions and principles of the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, where the claim of the husband to religious freedom is balanced against the claim of the wife that acceding to the husband's argument is disproportionately harmful to her personally, and, more generally, to democratic values and Quebec's best interests.

The judicial role in balancing and reconciling competing interests and values when freedom of religion is raised, is one that protects the tolerance Quebec endorsed in the Quebec *Charter*. Section 9.1 states that in exercising their fundamental freedoms and rights — including freedom of religion — persons "shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec". This provision is a legislative direction that the courts are to protect the rights of Quebec's citizens in a way that is balanced and reconciled with other public values.

In my view, an agreement between spouses to take the necessary steps to permit each other to remarry in accordance with their own religions, constitutes a valid and binding contractual obligation under Quebec law. As the comments of the former Ministers of Justice reveal, such agreements are consistent with public policy, our approach to marriage and divorce, and our commitment to eradicating gender discrimination.

I am also persuaded that, applying the balancing mandated by s. 9.1 of the Quebec *Charter*, any harm to the husband's religious freedom in requiring him to pay damages for unilaterally breaching

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, permettra de répondre à cette première question.

14 Si l'engagement est exécutoire en droit québécois, nous devons déterminer si l'époux peut invoquer la liberté de religion pour se soustraire aux conséquences juridiques du défaut de se conformer à une entente légitime. L'analyse à cet égard est faite dans les limites qu'imposent les dispositions et les principes de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, qui établit un équilibre entre la revendication de la liberté de religion par l'époux et la prétention de l'épouse selon laquelle faire droit à l'argument du mari serait démesurément préjudiciable pour elle personnellement et, de façon plus générale, pour les valeurs démocratiques et l'intérêt du Québec.

15 Dans son rôle d'appréciation et de conciliation des intérêts et des valeurs opposés lorsque la liberté de religion est en cause, le juge est appelé à protéger la tolérance que le Québec a préconisée dans la *Charte* québécoise. L'article 9.1 prévoit que les libertés et les droits fondamentaux — y compris la liberté de religion — « s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ». Par cette disposition, le législateur québécois demande aux tribunaux d'assurer la protection des droits des citoyens du Québec en appréciant et en conciliant ces droits avec les autres valeurs publiques.

16 Selon moi, une entente entre les époux en vue de la prise des mesures nécessaires pour que chaque conjoint permette à l'autre de se remarier conformément à sa religion constitue une obligation contractuelle valide et exécutoire en droit québécois. Comme l'indiquent les commentaires des anciens ministres de la Justice, de telles ententes sont compatibles avec l'intérêt public, avec notre approche en matière de mariage et de divorce, et avec notre volonté de mettre fin à la discrimination fondée sur le sexe.

17 Je suis également persuadée qu'en appliquant l'analyse qu'exige l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, l'atteinte à la liberté de religion que représente pour l'époux l'obligation de payer des dommages-intérêts

his commitment, is significantly outweighed by the harm caused by his unilateral decision not to honour it.

18 This is not, as implied by the dissent, an unwarranted secular trespass into religious fields, nor does it amount to judicial sanction of the vagaries of an individual's religion. In deciding cases involving freedom of religion, the courts cannot ignore religion. To determine whether a particular claim to freedom of religion is entitled to protection, a court must take into account the particular religion, the particular religious right, and the particular personal and public consequences, including the religious consequences, of enforcing that right.

19 Mediating these highly personal claims to religious rights with the wider public interest is a task that has been assigned to the courts by legislatures across the country. It is a well-accepted function carried out for decades by human rights commissions under federal and provincial statutes and, for 25 years, by judges under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to ensure that members of the Canadian public are not arbitrarily disadvantaged by their religion.

20 This case fits comfortably in that tradition. It represents yet another case in which the claim to religious protection is balanced against competing interests. The Court is not asked to endorse or apply a religious norm. It is asked to exercise its responsibility, conferred by the Quebec *Charter*, to determine whether the husband is entitled to succeed in his argument that requiring him to pay damages for the breach of a legally binding agreement violates his freedom of religion. No new principle emerges from the result in this case. Courts are routinely asked whether a contract is valid. And the inquiry under the Quebec *Charter* is the application of a classic and cautious balancing that courts

en raison de la violation unilatérale de son engagement est beaucoup moins grave que le préjudice causé par sa décision unilatérale de ne pas respecter cet engagement.

Il ne s'agit pas, comme on le laisse entendre dans les motifs dissidents, d'une ingérence injustifiée des autorités laïques dans les matières religieuses, et cela ne signifie pas que les tribunaux vont sanctionner les caprices de la religion d'une personne. Lorsqu'ils tranchent des affaires dans lesquelles la liberté de religion est en cause, les tribunaux ne peuvent faire abstraction de la religion. Pour déterminer si le droit à la liberté de religion que revendique une personne doit être protégé, un tribunal doit tenir compte de cette religion en particulier, du droit religieux en cause et des conséquences précises, y compris les conséquences religieuses, que la décision de faire respecter ce droit aura pour la personne et le public.

C'est aux tribunaux que les législateurs partout au pays ont confié la tâche de concilier les revendications, hautement personnelles, des droits religieux et l'intérêt public, plus général. Il s'agit d'une fonction bien acceptée que les commissions des droits de la personne exercent depuis des dizaines d'années en vertu des lois fédérales et provinciales, et que les juges exercent depuis 25 ans en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour veiller à ce que les membres de la société canadienne ne soient pas arbitrairement défavorisés en raison de leur religion.

La présente affaire cadre très bien dans cette tradition. Elle représente une autre instance dans laquelle la revendication de la protection du droit à la liberté de religion est appréciée en regard des intérêts concurrents. La Cour n'est pas appelée à approuver ou appliquer une norme religieuse. On lui demande d'exercer sa responsabilité, conférée par la *Charte* québécoise, de déterminer si l'époux a raison de prétendre que l'obliger à payer des dommages-intérêts pour la violation d'une entente exécutoire porte atteinte à sa liberté de religion. Aucun principe nouveau ne se dégage de la décision en l'espèce. On demande couramment aux tribunaux de décider si un contrat est valide.

are required to undertake in determining whether a particular claim to religious freedom is sustainable, one case at a time, attempting always to be respectful of the complexity, sensitivity, and individuality inherent in these issues.

Et l'analyse en fonction de la *Charte* québécoise consiste en l'application, au cas par cas, d'un exercice d'appréciation classique et prudent que doivent entreprendre les tribunaux lorsqu'ils déterminent dans chaque cas si la revendication du droit à la liberté de religion peut être accueillie, en s'efforçant toujours de respecter le caractère complexe, délicat et individuel inhérent à ces questions.

Prior Proceedings

Historique des procédures

Stephanie Bruker married Jason Marcovitz on July 27, 1969. Although their degrees of observance differ, both consider themselves to be religious Jews.

21 Stephanie Bruker a épousé Jason Marcovitz le 27 juillet 1969. Bien que leur observance religieuse se situe à des degrés différents, ils se considèrent tous les deux comme des juifs religieux.

Mr. Marcovitz was previously married and had granted his first wife a *get*.

22 Monsieur Marcovitz avait déjà été marié et avait accordé le *get* à sa première épouse.

Divorce proceedings were commenced by Ms. Bruker in 1980. She was 31 and Mr. Marcovitz was 48. An agreement on corollary matters was negotiated with the assistance of separate legal counsel and signed by both of them three months later. This "Consent to Corollary Relief" included terms regarding the custody of their two children, child support payments, and lump sum spousal support.

23 Madame Bruker a engagé une action en divorce en 1980. Elle avait alors 31 ans et M. Marcovitz 48. Une entente relative aux mesures accessoires a été négociée avec le concours de leurs avocats respectifs et tous deux l'on signée trois mois plus tard. Cette [TRADUCTION] « Entente relative aux mesures accessoires » traitait notamment de la garde de leurs deux enfants, de la pension alimentaire pour ceux-ci et de la pension alimentaire pour l'épouse versée sous forme de somme forfaitaire.

Paragraph 12 of the Consent stated that the parties agreed to appear before the rabbinical authorities to obtain a *get* immediately upon the granting of the Decree Nisi. A Decree Nisi was granted on October 23, 1980. Among other provisions, it ordered the parties to comply with the Consent. A Decree Absolute was granted on February 9, 1981.

24 Selon le paragraphe 12 de l'entente, les parties ont convenu de se présenter devant les autorités rabbiniques pour obtenir le *get* immédiatement après le prononcé du jugement conditionnel de divorce. Un jugement conditionnel de divorce a été prononcé le 23 octobre 1980. Il ordonnait notamment aux parties de se conformer à l'entente. Un jugement irrévocable de divorce a été prononcé le 9 février 1981.

Despite Ms. Bruker's repeated requests, both personally and through various rabbis, Mr. Marcovitz consistently refused to provide a *get* for 15 years.

25 Malgré les demandes répétées de M^me^ Bruker, faites tant personnellement que par l'entremise de différents rabbins, M. Marcovitz a toujours refusé pendant 15 ans de lui accorder le *get*.

Not surprisingly, the relationship between the parties deteriorated as Mr. Marcovitz's refusals continued. In July 1989, nine years after the Decree

26 Comme on pouvait s'y attendre, la relation entre les parties s'est détériorée pendant que M. Marcovitz maintenait son refus. En juillet 1989,

Nisi, Ms. Bruker began proceedings for breach of the Consent, initially claiming damages in the amount of $500,000 for her inability to remarry and for being prevented from having children who would be considered "legitimate" under Jewish law.

27 Mr. Marcovitz, in response, argued that Ms. Bruker had repudiated the Consent by continually seeking increases in child support payments, and complained that he saw his two daughters irregularly. He also questioned Ms. Bruker's devotion to the Jewish faith.

28 In 1990, pursuant to s. 21.1 of the *Divorce Act*, Ms. Bruker filed an affidavit confirming that, despite her formal requests, Mr. Marcovitz had not given her a *get*. As a result, when Mr. Marcovitz brought motions in November 1995 seeking to quash the affidavit and to have his obligation to pay child support retroactively rescinded, Marcelin J. declined to hear the motions and ordered that the matters be put over to December 6, 1995.

29 On December 5, 1995, Mr. Marcovitz appeared before the rabbinical court of Montréal and agreed to deliver the *get*. He was 63 and Ms. Bruker was almost 47. In 1996, Ms. Bruker substantially increased the amount of damages she was seeking.

30 Ms. Bruker did not remarry or have any other children.

31 At trial, Mass J. held that once Mr. Marcovitz signed a civil agreement, the obligation to appear before the rabbinical authorities for the purpose of obtaining a *get* "moved into the realm of the civil courts" ([2003] R.J.Q. 1189, at para. 19). He found that as a civil contract, notwithstanding that its purpose was partly to compel religious obligations, the Consent was valid and binding and that pursuant to Paragraph 12, Mr. Marcovitz had "a clear and unequivocal civil law obligation to appear

neuf ans après le prononcé du jugement conditionnel de divorce, M^me^ Bruker a intenté des procédures pour violation de l'entente, réclamant au départ la somme de 500 000 $ en dommages-intérêts pour son incapacité à se remarier et pour avoir été empêchée d'avoir des enfants qui seraient considérés comme « légitimes » selon la loi juive.

En réponse, M. Marcovitz a fait valoir que M^me^ Bruker avait répudié l'entente en faisant des demandes incessantes d'augmentation de la pension alimentaire pour les enfants, et il s'est plaint du fait qu'il ne voyait pas ses deux filles régulièrement. Il a également mis en doute la dévotion de M^me^ Bruker à la foi juive.

En 1990, M^me^ Bruker a déposé en application de l'art. 21.1 de la *Loi sur le divorce* un affidavit confirmant que, malgré ses demandes formelles, M. Marcovitz ne lui avait pas accordé le *get*. Par conséquent, lorsque ce dernier a présenté, en novembre 1995, des requêtes en vue d'obtenir le rejet de l'affidavit et la résiliation rétroactive de son obligation de verser une pension alimentaire pour les enfants, la juge Marcelin a refusé d'entendre les requêtes et a reporté l'affaire au 6 décembre 1995.

Le 5 décembre 1995, M. Marcovitz s'est présenté devant le tribunal rabbinique de Montréal et a accepté d'accorder le *get*. Il avait alors 63 ans et M^me^ Bruker presque 47 ans. En 1996, celle-ci a augmenté considérablement le montant des dommages-intérêts qu'elle réclamait.

Madame Bruker ne s'est pas remariée et n'a pas eu d'autres enfants.

Au procès, le juge Mass a statué que, dès que M. Marcovitz eût signé une entente civile, l'obligation de se présenter devant les autorités rabbiniques pour accorder le *get* [TRADUCTION] « est devenue de la compétence des tribunaux civils » ([2003] R.J.Q. 1189, par. 19). Il a conclu que, en tant que contrat civil, l'entente était valide et obligatoire, même si elle visait en partie à imposer le respect d'obligations religieuses, et que conformément au paragraphe 12, M. Marcovitz avait [TRADUCTION]

'immediately' before the Rabbinical authorities" (para. 19). As he noted:

> The pith and essence of what is being asked for in this case is not religious. . . . [T]he case is an assessment of damages stemming from a factual situation which involves Jewish parties and Jewish institutions — but principles of Jewish law do not have to be examined in depth. [para. 30]

In his view, a claim for damages based on a breach of a civil obligation, even one with religious aspects, remains within the domain of the civil courts.

Based on the expert evidence, Mass J. concluded that had Mr. Marcovitz sought the *get* immediately, as he had agreed to do, it would have been granted by the rabbinical court. This meant that the breach of the obligation to appear before the rabbinical authorities was the cause of the damages claimed by Ms. Bruker. Finding that the failure of Mr. Marcovitz to grant the *get* had direct consequences on Ms. Bruker's life by depriving her "of the opportunity to marry within her community during this period" (para. 35), Mass J. ordered a total of $47,500 in damages: $2,500 for each of the 15 years between the Decree Nisi and the *get*, and $10,000 for Ms. Bruker's inability to have children considered "legitimate" under Jewish law.

I digress to address an issue raised in the dissent. Initially, Mr. Marcovitz challenged the constitutionality of s. 21.1 of the *Divorce Act*. In agreeing not to pursue his constitutional challenge, Mr. Marcovitz agreed to a court order which contained the following authorizations:

> [6] AUTHORIZES that [Mr. Marcovitz] may argue the question of justiciability in his case as if s. 21.1 of the Divorce Act did not exist.

« une obligation de droit civil claire et non équivoque de se présenter "immédiatement" devant les autorités rabbiniques » (par. 19). Comme l'a fait remarquer le juge :

> [TRADUCTION] Le caractère véritable de la demande faite en l'espèce n'est pas religieux. [. . .] [I]l s'agit d'évaluer le préjudice découlant d'une situation de fait mettant en cause des parties et des institutions juives — mais les principes du droit juif n'ont pas à être examinés à fond. [par. 30]

32 À son avis, la réclamation en dommages-intérêts fondée sur le manquement à une obligation civile, même si elle comporte des aspects religieux, continue à relever des tribunaux civils.

33 En se fondant sur la preuve d'expert, le juge Mass a conclu que si M. Marcovitz avait accordé le *get* immédiatement, comme il avait convenu de le faire, le tribunal rabbinique le lui aurait accordé. Cela signifiait que les dommages-intérêts réclamés par M^me^ Bruker étaient attribuables au manquement à l'obligation de se présenter devant les autorités rabbiniques. Ayant conclu que l'omission de M. Marcovitz d'accorder le *get* avait eu des conséquences directes sur la vie de M^me^ Bruker en la privant [TRADUCTION] « de la possibilité de se marier dans sa communauté pendant cette période » (par. 35), le juge Mass a condamné M. Marcovitz à payer des dommages-intérêts s'élevant à 47 500 $: 2 500 $ pour chacune des 15 années écoulées entre le jugement conditionnel de divorce et le *get*, et 10 000 $ pour l'incapacité de M^me^ Bruker d'avoir des enfants considérés comme légitimes selon la loi juive.

34 J'ouvre une parenthèse pour aborder une question soulevée dans les motifs dissidents. Au départ, M. Marcovitz a contesté la constitutionnalité de l'art. 21.1 de la *Loi sur le divorce*. En acceptant de ne pas poursuivre cette contestation, il a accepté une ordonnance de la cour contenant les autorisations suivantes :

> [TRADUCTION]
>
> [6] PERMET que [M. Marcovitz] plaide le caractère justiciable en l'espèce comme si l'art. 21.1 de la Loi sur le divorce n'existait pas.

[7] AUTHORIZES that [Ms. Bruker] may argue the question of credibility as to the circumstances in which the ghet was given, with reference to s. 21.1 of the Divorce Act.

It is not the case, as suggested by the dissent, that the parties agreed not to refer to this section. What they agreed to was that Mr. Marcovitz could argue "justiciability" without reference to this section. Ms. Bruker was explicitly authorized to refer to it when arguing about the circumstances surrounding the *get*. Moreover, Mr. Marcovitz's factum deals expressly with s. 21.1 in two paragraphs in which he argues that the provision is an inappropriate intervention by civil courts into religious matters:

> There is considerable social opprobrium within the Jewish community aimed at spouses who refuse to collaborate in the *ghet* process. This inspired Jewish jurists and community leaders to request, and obtain, the implementation of s. 21.1 of the *Divorce Act* . . . and ss. 2(4)-2(7) and 56(5)-(7) of the *Ontario Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3. The state purpose was to protect Jewish spouses from extortion in divorce negotiations.
>
> Section 21.1 of [the] *Divorce Act* operates whether the recalcitrant spouse is the Plaintiff or the Defendant: it prevents a spouse from exercising his civil rights if he refuses to remove the religious barrier, unless the spouse discloses valid reasons relating to religion or conscience, in a sworn affidavit. This necessarily entails a judge being called upon to examine the religious legitimacy of the refusal. . . .

And, in oral argument before this Court, Mr. Marcovitz's counsel stated:

> Not only that, we even have the additional remedy of section 21.1 of the *Divorce Act*, which specifically is a legislator's clear intention to remove the issue of religious divorce . . . [a]nd the barriers to religious divorce, from any negotiation or bargaining in contract. . . .

35 Clearly the parties did not agree that s. 21.1 could not be used in analyzing the other issues in this case. They agreed not to dispute the constitutionality of the provision, an agreement that has been respected throughout these proceedings, including

[7] PERMET que [M^me^ Bruker] plaide la question de la crédibilité quant aux circonstances dans lesquelles le get a été accordé, en faisant mention de l'art. 21.1 de la Loi sur le divorce.

Les parties ne se sont pas entendues, comme on le laisse entendre dans les motifs dissidents, pour qu'il ne soit pas fait mention de cet article. Elles ont plutôt convenu que M. Marcovitz pourrait plaider le « caractère justiciable » sans qu'il soit fait mention de cet article. M^me^ Bruker a été expressément autorisée à citer cet article dans ses représentations relatives aux circonstances entourant le *get*. De plus, M. Marcovitz traite expressément de l'art. 21.1 dans deux paragraphes de son mémoire, dans lesquels il prétend que cet article autorise les tribunaux civils à intervenir à tort dans des questions religieuses :

> [TRADUCTION] Dans la communauté juive, les époux qui refusent de collaborer au sujet du *get* sont l'objet d'une forte réprobation sociale. Ce qui a incité les juristes juifs et les leaders de la communauté à demander — et à obtenir — l'application de l'art. 21.1 de la *Loi sur le divorce* [. . .] et des par. 2(4) à 2(7) et 56(5) à (7) de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. F.3. L'État visait à protéger les époux juifs contre l'extorsion dans les négociations relatives au divorce.
>
> L'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* s'applique peu importe que l'époux récalcitrant soit le demandeur ou le défendeur : il empêche un époux d'exercer ses droits civils s'il refuse d'écarter les obstacles religieux, à moins qu'il expose dans un affidavit des motifs valables de religion ou de conscience. Dans ce cas, un juge doit nécessairement intervenir pour examiner le caractère légitime du refus au plan religieux.

Et dans son plaidoyer devant cette Cour, l'avocat de M. Marcovitz a affirmé ce qui suit :

> [TRADUCTION] Non seulement cela, nous avons même le remède additionnel de l'art. 21.1 de la *Loi sur le divorce*, qui énonce en termes exprès l'intention claire du législateur d'écarter de la négociation d'une entente ou des compromis dans celle-ci la question du divorce religieux [. . .] [e]t les obstacles au divorce religieux. . .

Il est évident que les parties n'ont pas convenu de ne pas invoquer l'art. 21.1 dans l'analyse des autres questions en l'espèce. Elles se sont entendues pour ne pas contester la constitutionnalité de cette disposition, et cette entente a été respectée

in this Court. Nothing in these reasons purports in any way to decide the constitutionality of s. 21.1, but I have difficulty seeing how an agreement to abandon a constitutional argument about a statutory provision can be interpreted as an agreement to pretend that the provision, or the policy reasons behind it, do not exist.

tout au long des procédures, y compris dans cette Cour. Dans ces motifs, il n'est nullement question de trancher la constitutionnalité de l'art. 21.1, mais je vois difficilement que l'on puisse qualifier une entente relative à l'abandon d'un argument constitutionnel visant une disposition législative d'entente prévoyant qu'il est fait abstraction de la disposition ou des raisons de principes qui la sous-tendent.

The Court of Appeal allowed Mr. Marcovitz's appeal ([2005] R.J.Q. 2482). Hilton J.A., writing for a unanimous court, found that because "the substance of the . . . obligation is religious in nature, irrespective of the form in which the obligation is stated" (para. 76), the obligation was a moral one. It was therefore unenforceable by the courts. Requiring Mr. Marcovitz to pay damages in such circumstances would be inconsistent with the recognition of his right to exercise his religious beliefs as he saw fit without judicial intervention.

36 La Cour d'appel a accueilli l'appel de M. Marcovitz ([2005] R.J.Q. 2482). S'exprimant au nom des juges unanimes, le juge Hilton a conclu que, parce que [TRADUCTION] « l'essence de [. . .] l'obligation est de nature religieuse, quelle que soit la forme que prend l'obligation » (par. 76), il s'agissait d'une obligation morale. Les tribunaux ne pouvaient donc pas en ordonner l'exécution. Obliger M. Marcovitz à payer des dommages-intérêts dans de telles circonstances serait incompatible avec la reconnaissance de son droit d'exercer ses croyances religieuses comme il l'entend sans intervention judiciaire.

In so deciding, the Court of Appeal relied in part on this Court's direction in *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47, that

37 La Cour d'appel a fondé en partie cette décision sur l'orientation donnée par notre Cour dans *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47, selon laquelle

> the State is in no position to be, nor should it become, the arbiter of religious dogma. Accordingly, courts should avoid judicially interpreting and thus determining, either explicitly or implicitly, the content of a subjective understanding of religious requirement, "obligation", precept, "commandment", custom or ritual. . . . [para. 50]

> l'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir. Les tribunaux devraient donc éviter d'interpréter — et ce faisant de déterminer —, explicitement ou implicitement, le contenu d'une conception subjective de quelque exigence, « obligation », précepte, « commandement », coutume ou rituel d'ordre religieux. . . [par. 50]

Ms. Bruker's cross-appeal for an increase in damages was dismissed.

38 L'appel incident de M^me^ Bruker visant à faire augmenter le montant des dommages-intérêts a été rejeté.

Analysis

Analyse

A. *Justiciability of the Agreement to Remove Religious Barriers to Remarriage*

A. *Caractère justiciable de l'entente visant la suppression des obstacles religieux au remariage*

The provision at the heart of this dispute is Paragraph 12 of the parties' Consent to Corollary Relief, by which they agreed to

39 La disposition au cœur du présent litige est le paragraphe 12 de l'entente sur les mesures accessoires, selon lequel les parties ont convenu de ce qui suit :

appear before the Rabbinical authorities in the City and District of Montreal for the purpose of obtaining the traditional religious Get, immediately upon a Decree Nisi of Divorce being granted. [Emphasis added.]

40 The issues in this appeal, as mentioned earlier, are whether this obligation constitutes a valid and binding civil obligation under Quebec law and, if it does, whether Mr. Marcovitz is exonerated from liability for failing to perform his obligation on the basis that it violated his freedom of religion.

41 Unlike my colleague Justice Deschamps, with great respect, I see this case as one properly attracting judicial attention. The fact that a dispute has a religious aspect does not by itself make it non-justiciable. In *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada* (1999), Lorne Sossin defined what is meant by justiciability as

a set of judge-made rules, norms and principles delineating the scope of judicial intervention in social, political and economic life. In short, if a subject-matter is held to be suitable for judicial determination, it is said to be justiciable; if a subject-matter is held not to be suitable for judicial determination, it is said to be non-justiciable. . . . [p. 2]

42 In *Religious Institutions and the Law in Canada* (2nd ed. 2003), M. H. Ogilvie explained why issues with a religious aspect may be justiciable:

Subject to any protections accorded to individuals and religious groups pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which have yet to be worked out in detail by the courts, religious institutions and persons in Canada are subject to the sovereignty of Parliament and the sanctioning powers of the state invoked by the courts when disputes concerning religion are brought for resolution.

Nevertheless, the courts have expressed reluctance to consider issues relating to religious institutions, evidencing some embarrassment that internal church disputes should be determined by secular courts and doubting the appropriateness of judicial intervention. The courts have stated that they will not consider

[TRADUCTION] . . . se présenter immédiatement après le prononcé d'un jugement conditionnel de divorce devant les autorités rabbiniques de la ville et du district de Montréal en vue d'obtenir le *get* religieux traditionnel. [Je souligne.]

Comme je l'ai indiqué, le présent pourvoi soulève les questions de savoir si cette obligation constitue une obligation civile valide et exécutoire en droit québécois et, dans l'affirmative, si M. Marcovitz est exonéré de toute responsabilité pour ne pas avoir respecté son obligation au motif qu'elle violait sa liberté de religion.

Contrairement à ma collègue la juge Deschamps, j'estime, en tout respect, que les tribunaux peuvent à juste titre examiner cette affaire. Le fait qu'un litige comporte un aspect religieux ne le rend pas nécessairement non justiciable. Dans *Boundaries of Judicial Review : The Law of Justiciability in Canada* (1999), Lorne Sossin a défini le caractère justiciable comme suit :

[TRADUCTION] . . . un ensemble de règles, de normes et de principes jurisprudentiels délimitant la portée de l'intervention judiciaire dans la vie sociale, politique et économique. Bref, si un objet est considéré comme se prêtant à une décision judiciaire, on dit qu'il est justiciable; si un objet est considéré comme ne se prêtant pas à une décision judiciaire, on dit qu'il est non justiciable. . . [p. 2]

Dans *Religious Institutions and the Law in Canada* (2e éd. 2003), M. H. Ogilvie a expliqué pourquoi les questions comportant un aspect religieux peuvent néanmoins être justiciables :

[TRADUCTION] Sous réserve de la protection que la *Charte canadienne des droits et libertés* accorde aux personnes et aux groupes religieux, dont les détails n'ont pas encore été fixés par les tribunaux, les personnes et les institutions religieuses au Canada sont assujetties à la souveraineté du Parlement et au pouvoir de sanction de l'État qu'invoquent les tribunaux lorsqu'ils sont appelés à trancher des litiges ayant trait à la religion.

Néanmoins, les tribunaux se sont montrés réticents à examiner des questions relatives aux institutions religieuses, manifestant un certain embarras à l'idée que les litiges ecclésiastiques internes doivent être tranchés par les tribunaux séculiers et doutant de la pertinence de l'intervention judiciaire. Les tribunaux ont dit qu'ils

matters that are strictly spiritual or narrowly doctrinal in nature, but will intervene where civil rights or property rights have been invaded. [Emphasis added; pp. 217-18.]

The approach is correctly stated by the Canadian Civil Liberties Association in its factum as follows:

[N]o case goes so far as to hold that even in cases based upon a civil obligation, where the Court is not required to determine matters of religious doctrine, the Court should be precluded from adjudicating disputes that involve obligations having a religious character. [para. 26]

This is reflected in *McCaw v. United Church of Canada* (1991), 4 O.R. (3d) 481, a case involving the dismissal of a minister from his church, where the religious aspect of the dispute did not deter the Ontario Court of Appeal from deciding that the dispute was justiciable. Even though the "law of the church as laid out in the provisions of the [church] Manual" was at issue (p. 485), the court accepted jurisdiction and awarded the minister damages for lost wages and benefits. (See also *Lindenburger v. United Church of Canada* (1985), 10 O.A.C. 191; *Nathoo v. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (QL) (S.C.); *Amlani v. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653; *M. (N.M.) v. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346.)

Similarly, in *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 S.C.R. 165, a Hutterite colony decided to expel some of its members from the community without giving them an opportunity to respond to the decision. When the members refused to leave, the colony asked the courts to enforce the expulsion and to order the members to return all colony property to the colony. The members claimed that they had a right to remain in the colony and that the courts could not enforce the expulsion. Gonthier J., writing for the majority, noted that while the courts may not intervene in strictly doctrinal or spiritual matters, they will when civil or property rights are engaged. Once the court takes jurisdiction over a dispute with religious components, he continued, it must try "to come to the best understanding possible of the applicable

n'examineraient pas les questions de nature strictement spirituelle ou purement doctrinale, mais qu'ils interviendraient dans les cas de violation des droits civils ou des droits de propriété. [Je souligne; p. 217-218.]

43 Dans son mémoire, l'Association canadienne des libertés civiles énonce correctement la façon d'aborder ces questions :

[TRADUCTION] [A]ucun arrêt n'est allé jusqu'à dire que, même dans les affaires fondées sur une obligation civile, le tribunal, s'il n'a pas à se prononcer sur des questions de doctrine religieuse, devrait être empêché de trancher les litiges portant sur des obligations à caractère religieux. [par. 26]

44 Cette approche se reflète dans *McCaw c. United Church of Canada* (1991), 4 O.R. (3d) 481, une affaire portant sur le renvoi d'un pasteur de son église. L'aspect religieux du litige n'a pas empêché la Cour d'appel de l'Ontario de décider que le litige était justiciable. Même si la [TRADUCTION] « loi de l'Église énoncée dans les dispositions du Guide [de l'Église] » était en cause (p. 485), le tribunal s'est déclaré compétent et a accordé au pasteur des dommages-intérêts pour la perte de salaire et d'avantages. (Voir également *Lindenburger c. United Church of Canada* (1985), 10 O.A.C. 191; *Nathoo c. Nathoo*, [1996] B.C.J. nº 2720 (QL) (C.S.); *Amlani c. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653; et *M. (N.M.) c. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346.)

45 De même, dans l'arrêt *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165, une colonie huttérite a décidé d'expulser certains de ses membres de la communauté sans leur donner la possibilité de répondre à cette décision. Lorsque les membres ont refusé de quitter, la colonie a demandé aux tribunaux de faire exécuter l'expulsion et d'ordonner à ces membres de rendre à la colonie tous les biens lui appartenant. Les membres ont prétendu qu'ils avaient le droit de rester dans la colonie et que les tribunaux ne pouvaient intervenir pour faire exécuter l'expulsion. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Gonthier a fait remarquer que, bien que les tribunaux ne peuvent intervenir dans les affaires purement doctrinales ou spirituelles, ils le feront lorsque des droits civils ou des droits de propriété sont en cause. Une fois

tradition and custom" (p. 191). Gonthier J. held that, in the absence of a timely and adequate opportunity to make a response, the members could not be expelled.

46 In the case before us, I find the dissenting reasons in *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550 (Man. C.A.), compelling. While the issue in that case was the enforceability of a provision of a *ketubah*, or Jewish marriage contract, an issue we are not called upon to consider, the language of Freedman C.J.M. is nonetheless helpful:

> That the [marriage] contract is deeply affected by religious considerations is not determinative of the issue. That is the beginning and not the end of the matter. Some contracts rooted in the religion of a particular faith may indeed be contrary to public policy. Others may not. Our task is to determine whether the rights and obligations flowing from the . . . contract — specifically, the husband's obligation to give and the wife's right to receive a *Get* — are contrary to public policy.
>
> I find difficulty in pin-pointing the precise aspect of public policy which the [agreement to provide a *get*] may be said to offend. The attack upon it is on more general grounds. It appears that the real basis on which enforcement of the contract is being resisted is simply that it rests on religion, and that on grounds of public policy the Court should keep out of that field. But the law reports contain many instances of Courts dealing with disputes having a religious origin or basis. . . . In each case some temporal right confronted the Court, and it did not hesitate to adjudicate thereon. [pp. 559-60]

47 The fact that Paragraph 12 of the Consent had religious elements does not thereby immunize it from judicial scrutiny. We are not dealing with judicial review of doctrinal religious principles, such as whether a particular *get* is valid. Nor are we required to speculate on what the rabbinical court would do. The promise by Mr. Marcovitz to remove

que le tribunal se déclare compétent pour connaître d'un litige comportant des aspects religieux, a-t-il ajouté, il doit s'efforcer « d'arriver à la meilleure compréhension possible de la tradition et de la coutume applicable » (p. 191). Le juge Gonthier a conclu qu'en l'absence d'une possibilité suffisante de répondre donnée en temps voulu, les membres ne pouvaient pas être expulsés.

En l'espèce, je trouve convaincants les motifs dissidents dans l'arrêt *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550 (C.A. Man.). Si le litige dans cette affaire concernait le caractère exécutoire d'une disposition d'un *ketubbah*, ou contrat de mariage juif, une question que nous n'avons pas à examiner, le propos du juge Freedman est tout de même utile :

> [TRADUCTION] Le fait que le contrat [de mariage] soit profondément empreint de considérations religieuses n'est pas déterminant quant à la question en litige. C'est le début et non la fin de l'affaire. Certains contrats ancrés dans une confession religieuse particulière peuvent effectivement être contraires à l'intérêt public. D'autres, pas. Notre tâche consiste à déterminer si les droits et obligations découlant du contrat [. . .] — nommément, l'obligation de l'époux d'accorder le *get* et le droit de l'épouse de l'obtenir — sont contraires à l'intérêt public.
>
> Il m'est difficile d'établir à quel volet précis de l'intérêt public le présent [engagement à accorder le *get*] porterait atteinte. L'attaque dont il fait l'objet repose sur des motifs plus généraux. Il semble que la véritable raison pour laquelle on s'oppose à l'exécution du contrat tienne simplement au fait qu'il s'appuie sur la religion et que, pour des motifs d'intérêt public, la Cour devrait rester en dehors de ce domaine. Mais les recueils de jurisprudence font état de nombreux cas de tribunaux saisis de litiges ayant une origine ou un fondement religieux. [. . .] Confrontés dans chaque cas à un droit temporel quelconque, les tribunaux n'ont pas hésité à se prononcer sur celui-ci. [p. 559-560]

Le fait que le paragraphe 12 de l'entente comporte des éléments à caractère religieux ne le soustrait pas par le fait même à l'examen judiciaire. Nous n'avons pas à examiner des principes religieux doctrinaux, à savoir par exemple si un *get* donné est valide. Nous n'avons pas à spéculer sur ce que le tribunal rabbinique pourrait décider. La

the religious barriers to remarriage by providing a *get* was negotiated between two consenting adults, each represented by counsel, as part of a voluntary exchange of commitments intended to have legally enforceable consequences. This puts the obligation appropriately under a judicial microscope.

promesse de M. Marcovitz de supprimer les obstacles religieux au remariage en accordant le *get* a été négociée entre deux adultes consentants, tous deux représentés par un avocat, et faisait partie d'un échange volontaire d'engagements censés avoir des conséquences juridiquement exécutoires. De ce fait, les tribunaux peuvent à bon droit examiner l'obligation à la loupe.

B. *Validity of the Agreement under Quebec Law*

B. *Validité de l'entente en droit québécois*

48 The next question is whether the obligation is valid and binding under Quebec law. I note at the outset that the parties litigated this case without any consideration of the impact of the coming into force of the *Civil Code of Québec* ("C.C.Q."), on January 1, 1994, and of the attendant issues of transitional law. Throughout these proceedings, neither the parties nor the courts made any reference to the *Civil Code of Lower Canada*. Because Ms. Bruker's action was commenced in July 1989, the *Civil Code of Lower Canada*, especially arts. 982 to 984, technically governed the parties, as provided by s. 9 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57. However, since the new C.C.Q. retained the key principles governing the formation of contracts under Quebec law while modifying and clarifying the relevant provisions of the *Civil Code of Lower Canada* (J. Pineau, "Theory of Obligations", in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 2A, pp. 11-12), the parties' reliance on the C.C.Q. did not have a significant impact on this litigation. Under these circumstances, and without diminishing the significance of transitional law, these reasons refer, as did those of the trial judge and Court of Appeal, to the articles of the C.C.Q.

48 La question suivante est de savoir si l'obligation est valide et exécutoire en droit québécois. Je signale tout d'abord que les parties ont plaidé cette affaire sans aucunement tenir compte de l'incidence de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») le 1er janvier 1994 et des problèmes de droit transitoire qui pouvaient se poser. Tout au long des procédures, ni les parties ni les tribunaux inférieurs n'ont fait allusion au *Code civil du Bas Canada*. Puisque l'action de Mme Bruker a été introduite en juillet 1989, le *Code civil du Bas Canada*, et en particulier ses art. 982 à 984, s'appliquaient techniquement aux parties, comme le prévoit l'art. 9 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57. Toutefois, puisque le nouveau C.c.Q. a conservé les principes clés régissant la formation des contrats en droit québécois tout en modifiant et en précisant les dispositions pertinentes du *Code civil du Bas Canada* (J. Pineau, « Théorie des obligations », dans *La réforme du Code civil* (1993), t. 2, p. 20-21), le fait que les parties s'appuient sur le C.c.Q. n'a pas eu d'incidence importante sur le litige. Dans les circonstances, et sans nier l'importance du droit transitoire, les présents motifs, tout comme ceux du juge de première instance et de la Cour d'appel, renvoient aux articles du C.c.Q.

49 The civil law of Quebec recognizes three kinds of obligations: moral, civil (or legal) and natural. Only the first two are engaged in this case. They are defined in *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Obligations* (2003), as follows:

49 Le droit civil québécois reconnaît trois types d'obligations : morales, civiles (ou légales) et naturelles. Seules les deux premières sont en cause en l'espèce. Elles sont ainsi définies dans le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les obligations* (2003) :

MORAL OBLIGATION

Obligation binding only as a matter of conscience or honour, and which, unlike a juridical obligation, cannot

OBLIGATION MORALE

Obligation qui ne s'impose que sur le plan de la conscience ou de l'honneur et qui est dépourvue de

be enforced by the State. For example, the duty of charity toward one's neighbour. . . .

CIVIL OBLIGATION

Obligation susceptible of compulsory performance. For example, the obligation of support between spouses. "Civil obligations are those which are fully enforceable by means of *an action*, *i.e.*, a right accorded to a creditor to obtain satisfaction by means of legal proceedings and under the protection of the state" (Aubry & Rau, *Civil Law*, vol. 4, n° 297, p. 3).

50 Jean-Louis Baudouin and Pierre-Gabriel Jobin explain the difference in enforceability between a moral and civil obligation in the following way:

[TRANSLATION] A civil obligation is sanctioned by law, which means that the creditor may enforce it in court. In contrast, a moral obligation is outside the legal realm and is not sanctioned by law, and its binding force is based solely on conscience, that is, on remorse. The "creditor" of a moral obligation may not seek to enforce it in court, since it can only be performed voluntarily. Moral obligations include the duty to give to charity and the duty to help one's neighbour — which should be distinguished from the civil obligation to assist a person in danger.

(*Baudouin et Jobin: Les obligations* (6th ed. 2005), at para. 26; see also John E. C. Brierley and Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law* (1993), at p. 382.)

51 I do not see the religious aspect of the obligation in Paragraph 12 of the Consent as a barrier to its civil validity. It is true that a party cannot be compelled to execute a moral duty, but there is nothing in the *Civil Code* preventing someone from transforming his or her moral obligations into legally valid and binding ones. Giving money to charity, for example, could be characterized as a moral and, therefore, legally unenforceable obligation. But if an individual enters into a contract with a particular charity agreeing to make a donation, the obligation may well become a valid and binding one if it complies with the requirements of a contract under the C.C.Q. If it does, it is transformed

sanction étatique, par opposition à l'obligation juridique. Par ex., le devoir de charité envers son prochain.

OBLIGATION CIVILE

Obligation susceptible d'exécution forcée. Par ex., l'obligation alimentaire entre époux. « Sur d'autres points, cependant, les obligations naturelles se rapprochent des obligations civiles; à celles-ci elles empruntent au moins certains de leurs effets lorsque le débiteur a librement décidé de les exécuter » (Ghestin et Coubeaux, *Introduction*, n° 636, p. 717).

Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin expliquent de la façon suivante la différence entre une obligation morale et une obligation civile quant au caractère exécutoire :

L'obligation civile est sanctionnée par la loi, ce qui permet au créancier d'en exiger l'exécution devant les tribunaux. À celle-ci, on oppose l'obligation morale, qui se situe en dehors du domaine juridique, qui n'est pas sanctionnée par le droit et dont le pouvoir contraignant relève uniquement du for intérieur, c'est-à-dire du remords. Le « créancier » d'une obligation morale ne peut en poursuivre l'exécution devant les tribunaux, car elle n'est susceptible que d'exécution volontaire. Tels sont, par exemple, le devoir de faire la charité et le devoir d'aider son prochain — qu'il convient de distinguer de l'obligation civile de porter secours à une personne en danger.

(*Baudouin et Jobin : Les obligations* (6e éd. 2005), par. 26; voir également John E. C. Brierley et Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law* (1993), p. 382.)

Je ne considère pas l'aspect religieux de l'obligation contenue au paragraphe 12 de l'entente comme un obstacle à sa validité civile. Certes, une personne ne peut être forcée à exécuter une obligation morale, mais le *Code civil* n'empêche nullement une personne de transformer ses obligations morales en obligations juridiquement valides et exécutoires. Le devoir de faire la charité, par exemple, pourrait être qualifié d'obligation morale et, par conséquent, juridiquement non exécutoire. Mais si une personne s'engage par contrat envers un organisme de charité à faire un don, l'obligation peut très bien devenir une obligation valide et exécutoire si elle satisfait aux exigences du C.c.Q. relatives à

from a moral obligation to a civil one enforceable by the courts.

A contract is defined in art. 1378, para. 1 C.C.Q. as

an agreement of wills by which one or several persons obligate themselves to one or several other persons to perform a prestation.

A contract's formation is governed by art. 1385 C.C.Q., which states:

1385. A contract is formed by the sole exchange of consents between persons having capacity to contract, unless, in addition, the law requires a particular form to be respected as a necessary condition of its formation, or unless the parties require the contract to take the form of a solemn agreement.

It is also of the essence of a contract that it have a cause and an object.

There is no dispute as to the capacity and consent of the parties in this case. Nor do I see anything objectionable in the "cause" of the contractual provision, namely, the mutual desire of the parties to be contemporaneously free to remarry in accordance with both their religious beliefs and secular rights.

Mr. Marcovitz argues, however, that, contrary to arts. 1412 and 1413 C.C.Q., the "object" of the contractual provision — the attendance of the parties before the rabbinical court to obtain a divorce in accordance with Jewish law to permit remarriage under that law — is against public order because it is a violation of his right to freedom of religion. This was expressed in his factum as follows:

Article 1413 *C.C.Q.* cautions that a contract whose object is contrary to public order is null. It is contrary to public order to consider one may contract to restrain the free exercise of one's fundamental freedoms, including freedom of religion and conscience.

The C.C.Q. defines the object of a contract in art. 1412, which states that

la formation du contrat. Dans ce cas, l'obligation morale est transformée en une obligation civile exécutoire en justice.

52 Le premier paragraphe de l'art. 1378 C.c.Q. définit le contrat comme suit :

. . . un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation.

La formation du contrat est régie par l'art. 1385 C.c.Q., qui prévoit ce qui suit :

1385. Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle.

Il est aussi de son essence qu'il ait une cause et un objet.

53 La capacité et le consentement des parties ne sont pas en cause en l'espèce. Je ne trouve non plus rien de répréhensible dans la « cause » de la disposition contractuelle, à savoir le désir des parties de conserver dès lors la liberté de se remarier conformément à leurs croyances religieuses et au droit séculier.

54 Monsieur Marcovitz soutient cependant que l'« objet » de la disposition contractuelle — assurer la présence des parties devant le tribunal rabbinique en vue d'obtenir un divorce conformément à la loi juive afin de permettre le remariage conformément à cette loi — est contraire à l'ordre public parce qu'il porte atteinte à son droit à la liberté de religion et est donc interdit par les art. 1412 et 1413 C.c.Q. L'argument a été formulé comme suit dans son mémoire :

[TRADUCTION] L'article 1413 *C.c.Q.* prévoit qu'un contrat est nul si son objet est contraire à l'ordre public. Il est contraire à l'ordre public d'envisager qu'une personne s'engage par contrat à restreindre le libre exercice de ses libertés fondamentales, y compris la liberté de religion et de conscience.

55 L'objet du contrat est défini comme suit à l'art. 1412 C.c.Q. :

1412. The object of a contract is the juridical operation envisaged by the parties at the time of its formation, as it emerges from all the rights and obligations created by the contract.

According to the *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), the definition in art. 1412 codifies the doctrine and jurisprudence on the object of contracts (vol. I, at pp. 857-58). The *Civil Code of Lower Canada* had not provided a specific definition.

56 The C.C.Q. also defines the object of an obligation as follows:

1373. The object of an obligation is the prestation that the debtor is bound to render to the creditor and which consists in doing or not doing something.

The debtor is bound to render a prestation that is possible and determinate or determinable and that is neither forbidden by law nor contrary to public order.

The object of obligations may include a wide variety of prestations "in doing or not doing something" (V. Karim, *Les obligations* (2nd ed. 2002), vol. 1, at p. 19). The object, or prestation, need not be a material thing. It can consist, for example, of a positive action, a payment, or a delivery (Karim, at p. 19).

57 The concept of the object of a contract is even broader than the object of obligations (Baudouin and Jobin, at paras. 19 and 367). It is the legal operation that is contemplated by the parties (D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (2006), at para. 1051) and may include a number of specific obligations with, correlatively, specific objects.

58 With great respect, I see the concept of "juridical operation" (or object of the contract) in art. 1412 as attracting a much broader interpretation than the one proposed by Deschamps J., based largely on my view that art. 1412 is limited only by art. 1413, which states:

1413. A contract whose object is prohibited by law or contrary to public order is null.

59 There are therefore only two limitations on the object of a contract: it cannot be prohibited by law

1412. L'objet du contrat est l'opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion, telle qu'elle ressort de l'ensemble des droits et obligations que le contrat fait naître.

Selon les *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), la définition que l'on trouve à l'art. 1412 codifie la doctrine et la jurisprudence relatives à l'objet du contrat (t. I, p. 857-858). On ne trouvait pas dans le *Code civil du Bas Canada* de définition de l'objet du contrat.

Le C.c.Q. définit également l'objet d'une obligation comme suit :

1373. L'objet de l'obligation est la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose.

La prestation doit être possible et déterminée ou déterminable; elle ne doit être ni prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public.

L'objet des obligations peut englober les prestations les plus diverses consistant « à faire ou ne pas faire quelque chose » (V. Karim, *Les obligations* (2e éd. 2002), vol. 1, p. 19). L'objet, ou prestation, n'est pas nécessairement une chose matérielle. Il peut s'agir, par exemple, d'un geste positif, d'un paiement ou de la livraison d'un objet (Karim, p. 19).

La notion d'objet d'un contrat est même plus large que l'objet des obligations (Baudouin et Jobin, par. 19 et 367). C'est l'opération juridique envisagée par les parties (D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2006), par. 1051) et elle peut inclure un certain nombre d'obligations spécifiques prévoyant, corrélativement, des objets spécifiques.

Soit dit en tout respect, j'estime que la notion d'« opération juridique » (ou d'objet du contrat) à l'art. 1412 doit recevoir une interprétation beaucoup plus large que celle que propose la juge Deschamps, surtout parce qu'à mon avis, cet art. 1412 n'est restreint que par l'art. 1413 qui édicte :

1413. Est nul le contrat dont l'objet est prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public.

Il n'y a donc que deux restrictions à l'objet d'un contrat : il ne doit pas être prohibé par la loi ni être

or be contrary to public order. Consistent with the principle of freedom of contract, this offers a wide scope for what is a legally permissible object. As Baudouin and Jobin note:

[TRANSLATION] Although every contract must have an object, what that object might be is infinitely varied, since by virtue of the principle of freedom of contract, the parties can perform any type of juridical operation that is within the limits imposed by law and by public order. [Emphasis added; para. 368.]

Therefore, unless Mr. Marcovitz is correct in his assertion that the object of Paragraph 12 is contrary to public order, it is not excluded from the interpretive scope of "juridical operation" in art. 1412 and the contractual obligation is valid and binding.

What constitutes public order, as Baudouin and Jobin explain, is variable:

[TRANSLATION] [The content of public order] changes over time, since this concept basically represents certain values at a given point in the evolution of society.

. . .

Absent any clear indication in the statute, it is the court that assesses whether the provision in question is of public order and determines its concrete effect. [paras. 139 and 142]

I accept that there may well be agreements with religious aspects that would be against public order. It will obviously depend in each case on the nature of the undertaking and, in particular, on the extent to which the promise is consistent with our laws, policies, and democratic values. An agreement to resolve a custody dispute in a way that offends a child's best interests, or an agreement that violates our employment laws, for example, will likely be found to be contrary to public order.

There is no doubt in my mind, however, about Mr. Marcovitz's agreement to provide a *get*. It is consistent with, not contrary to, public order. The 1990 *Divorce Act* amendments referred to earlier

contraire à l'ordre public. Conformément au principe de la liberté contractuelle, les parties conservent une grande latitude en matière d'objet légalement permissible. Comme le font remarquer Baudouin et Jobin :

Si tout contrat doit avoir un objet, celui-ci peut être infiniment varié, puisqu'en vertu du principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent réaliser toute espèce d'opération juridique, dans les limites imposées par la loi et l'ordre public. [Je souligne; par. 368.]

60 Par conséquent, à moins que M. Marcovitz n'ait raison d'affirmer que l'objet du paragraphe 12 de l'entente est contraire à l'ordre public, l'interprétation de l'« opération juridique » visée à l'art. 1412 n'exclut pas cet objet et l'obligation contractuelle est valide et exécutoire.

61 Le contenu de l'ordre public, comme l'expliquent Baudouin et Jobin, peut varier :

[Le contenu de l'ordre public] change, en effet, avec le temps puisqu'il représente, au fond, certaines valeurs à un moment donné de l'évolution de la société.

. . .

En l'absence d'indication claire dans la loi, c'est le tribunal qui évalue le caractère d'ordre public de la disposition sous examen ainsi que sa portée concrète. [par. 139 et 142]

62 Je conviens qu'il peut très bien exister des ententes comportant des aspects religieux qui seraient contraires à l'ordre public. Cela dépendra manifestement, dans chaque cas, de la nature de l'engagement et, plus particulièrement, de la mesure dans laquelle la promesse est compatible avec nos lois, nos principes et nos valeurs démocratiques. Une entente relative au règlement d'un litige concernant la garde d'un enfant et qui porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant, ou une entente qui viole nos lois relatives à l'emploi, pourront être jugées contraires à l'ordre public.

63 Toutefois, je n'ai aucun doute pour ce qui est de l'engagement de M. Marcovitz à accorder le *get*. Cet engagement est conforme — et non contraire — à l'ordre public. Les modifications apportées en

in these reasons contradict the argument that an agreement to grant a *get* breaches the principle of public order. On the contrary, Parliament manifested a clear intention to encourage the removal of religious barriers to remarriage. Moreover, as amplified later in these reasons, the enforceability of a promise by a husband to provide a *get* harmonizes with Canada's approach to religious freedom, to equality rights, to divorce and remarriage generally, and has been judicially recognized internationally.

64 Accordingly, since the object is not contrary to public order, and since all the other requirements for a valid contract in accordance with Quebec law exist, the contractual obligation contained in Paragraph 12 is valid and legally binding under Quebec law.

C. *Application of the Quebec Charter*

65 There remains Mr. Marcovitz's argument that he is exonerated by s. 3 of the Quebec *Charter* from the consequences of breaching Paragraph 12 of the Consent. He asserts that an award of damages would be a violation of his freedom of religion because it would condemn him *ex post facto* "for abiding by his religion in the first place." Section 3 states:

> **3.** Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

66 This Court's most recent decision examining the scope of this provision is *Amselem*. Orthodox Jews who owned units in a condominium building in Montréal sought to construct small enclosed structures known as "succahs" on their balconies for the Jewish festival of Succot. A by-law in the declaration of co-ownership prohibited them from doing so.

67 The test applied by the majority in *Amselem* examines whether an individual's sincerely held

1990 à la *Loi sur le divorce*, mentionnées précédemment, contredisent l'argument selon lequel une entente prévoyant que le *get* sera accordé viole le principe de l'ordre public. Au contraire, le législateur a manifesté l'intention claire d'encourager la suppression des obstacles religieux au remariage. De plus, comme je le signale plus loin dans ces motifs, le caractère exécutoire d'une promesse d'accorder le *get* s'harmonise avec l'approche canadienne en matière de liberté de religion, de droits à l'égalité et de divorce et de mariage de façon générale, et elle est reconnue judiciairement à l'échelle internationale.

En conséquence, puisque l'objet n'est pas contraire à l'ordre public et que toutes les autres conditions de validité d'un contrat conforme au droit québécois sont présentes, l'obligation contractuelle contenue au paragraphe 12 de l'entente est valide et juridiquement exécutoire en droit québécois.

C. *Application de la Charte québécoise*

Il reste l'argument de M. Marcovitz selon lequel l'art. 3 de la *Charte* québécoise l'exonère des conséquences d'un manquement au paragraphe 12 de l'entente. Celui-ci affirme que l'attribution de dommages-intérêts violerait sa liberté de religion en ce qu'elle le condamnerait *ex post facto* [TRADUCTION] « pour s'être conformé à sa religion ». L'article 3 prévoit ce qui suit :

> **3.** Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

C'est dans l'arrêt récent *Amselem* que notre Cour a examiné pour la dernière fois la portée de cette disposition. Des Juifs orthodoxes propriétaires d'appartements dans un immeuble en copropriété situé à Montréal voulaient construire sur leurs balcons, pour la fête juive du Souccoth, de petites structures closes appelées « souccahs », ce qui était interdit par un règlement de construction incorporé dans la déclaration de copropriété de l'immeuble.

Le critère appliqué par la majorité dans l'arrêt *Amselem* pose la question de savoir si la croyance

and good faith religious belief is being unjustifiably limited to a non-trivial degree. Applying this test to the facts of this case, I see no *prima facie* infringement of Mr. Marcovitz's religious freedom.

I start by querying whether Mr. Marcovitz, in good faith, sincerely believed that granting a *get* was an act to which he objected as a matter of religious belief or conscience. It is not clear to me what aspect of his religious beliefs prevented him from providing a *get*. He never, in fact, offered a religious reason for refusing to provide a *get*. Rather, he said that his refusal was based on the fact that, in his words:

> Mrs. Bruker harassed me, she alienated my kids from me, she stole some money from me, she stole some silverware from my mother, she prevented my proper visitation with the kids. Those are the reasons .... [Appellant's Record, at p. 66]

This concession confirms, in my view, that his refusal to provide the *get* was based less on religious conviction than on the fact that he was angry at Ms. Bruker. His religion does not require him to refuse to give Ms. Bruker a *get*. The contrary is true. There is no doubt that at Jewish law he *could* refuse to give one, but that is very different from Mr. Marcovitz being prevented by a tenet of his religious beliefs from complying with a legal obligation he voluntarily entered into and of which he took the negotiated benefits.

Even if requiring him to comply with his agreement to give a *get* can be said to conflict with a sincerely held religious belief and to have non-trivial consequences for him, both of which I have difficulty discerning, such a *prima facie* infringement does not survive the balancing mandated by this Court's jurisprudence and the Quebec *Charter*.

I start the balancing analysis with the provenance of this Court's robust interpretation of freedom of religion, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, where Dickson J. confirmed the broad contours of the right in the constitutional context as follows:

religieuse sincère et de bonne foi d'un individu fait l'objet d'une limite injustifiée non négligeable. En appliquant ce critère aux faits de l'espèce, je ne constate à première vue aucune atteinte à la liberté de religion de M. Marcovitz.

68 Je me demande d'abord si M. Marcovitz croyait sincèrement, en toute bonne foi, que le fait d'accorder le *get* était un acte auquel il s'opposait par croyance ou conscience religieuse. Je ne vois pas vraiment quel aspect de ses croyances religieuses l'a empêché d'accorder le *get*. En fait, il n'a jamais fourni de motif religieux à l'appui de son refus d'accorder le *get*. Il a plutôt affirmé que son refus reposait sur le fait que, pour reprendre ses propos :

> [TRADUCTION] Madame Bruker m'a harcelé, elle a éloigné mes enfants de moi, elle m'a volé de l'argent, elle a volé de l'argenterie à ma mère, elle m'a empêché d'exercer pleinement mes droits de visite des enfants. Voilà les motifs . . . [Dossier de l'appelante, p. 66]

69 Cet aveu confirme, selon moi, que son refus d'accorder le *get* était fondé moins sur une conviction religieuse que sur le fait qu'il était fâché contre M^me^ Bruker. Sa religion ne l'oblige pas à refuser d'accorder le *get* à M^me^ Bruker, bien au contraire. Il ne fait aucun doute que selon la loi juive, il *pouvait* refuser de l'accorder, mais c'est tout autre chose de dire qu'un principe religieux l'a empêché de respecter une obligation légale qu'il a volontairement conclue et dont il s'est prévalu des avantages négociés.

70 Même si l'on peut affirmer que le fait de l'obliger à respecter son engagement d'accorder le *get* va à l'encontre d'une croyance religieuse sincère et a des conséquences non négligeables pour lui — et je vois difficilement qu'il en soit ainsi — cette atteinte *prima facie* ne résiste pas à l'exercice d'appréciation que prescrivent la jurisprudence de cette Cour et la *Charte* québécoise.

71 Je commence cet exercice d'appréciation en citant l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, dans lequel notre Cour a pour la première fois donné à la liberté de religion une interprétation robuste et où le juge Dickson a confirmé comme suit la portée générale de ce droit dans un contexte constitutionnel :

The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. [p. 336]

Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. [p. 336]

72 Notably, he also confirmed that religious freedoms were nonetheless subject to limitations when they disproportionately collided with other significant public rights and interests:

Notamment, il a aussi confirmé que la liberté de religion peut néanmoins être restreinte lorsqu'elle entre démesurément en conflit avec d'autres droits et intérêts publics importants :

Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.

La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

. . .

. . .

The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. [Emphasis added; pp. 337 and 346.]

Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. [Je souligne; p. 337 et 346.]

(See also *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at pp. 121-22; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at p. 182; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 226; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at paras. 72 and 94; and *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6, at para. 26.)

(Voir également *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 121-122; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, p. 182; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 226; *Ross c. Conseil scolaire du district n^{o} 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 72 et 94; et *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6, par. 26.)

73 Other jurisdictions have similarly concluded that the invocation of freedom of religion does not, by itself, grant immunity from the need to weigh the assertion against competing values or harm. Two examples suffice. In H.C. 292/83, *Temple Mount Faithful v. Jerusalem District Police Commander*, 38(2) P.D. 449, the Israeli Supreme Court allowed a petition from some Jewish worshippers seeking to pray in a location where a clash with Muslim worshippers appeared inevitable. Barak J. warned:

D'autres ressorts ont également conclu que le fait d'invoquer la liberté de religion n'offre pas, en soi, l'immunité contre la nécessité d'apprécier le droit revendiqué en regard des valeurs ou du préjudice opposés. Deux exemples suffisent. Dans H.C. 292/83, *Temple Mount Faithful c. Jerusalem District Police Commander*, 38(2) P.D. 449, la Cour suprême israélienne a accueilli la requête d'un groupe de fidèles juifs qui demandaient à prier dans un lieu où un conflit avec des fidèles musulmans semblait inévitable. Le juge Barak a signalé ce qui suit :

Freedom of conscience, belief, religion and worship is a relative one. It has to be balanced with other rights and interests which also deserve protection, like private and public property, and freedom of movement. One of the interests to be taken into consideration is public order and security.

[TRADUCTION] La liberté de conscience, de croyance, de religion et de culte est relative. Elle doit être appréciée avec les autres droits et intérêts qui méritent également d'être protégés, comme le droit à la propriété privée et publique et la liberté de mouvement. L'ordre public et la sécurité comptent parmi les intérêts qui doivent être pris en compte.

And in *Christian Education South Africa v. Minister of Education* (2000), 10 B. Const. L.R. 1051 (S. Afr. Const. Ct.), Sachs J., for a unanimous court, explored the limitations of religious freedom in a challenge to a law prohibiting corporal punishment of students in schools. Christian Education South Africa, an association of 196 independent Christian schools, claimed that corporal punishment was mandated by the Bible. In a decision upholding the prohibition against punishment, Sachs J. explained:

74 Puis, dans *Christian Education South Africa c. Minister of Education* (2000), 10 B. Const. L.R. 1051 (C. const. Afr. du Sud), le juge Sachs, au nom d'une cour unanime, a exploré les limites de la liberté de religion dans le cadre de la contestation d'une loi interdisant le châtiment corporel des étudiants à l'école. La Christian Education South Africa, une association de 196 écoles chrétiennes indépendantes, a fait valoir que le châtiment corporel était prescrit par la Bible. Dans une décision maintenant l'interdiction du châtiment, le juge Sachs a donné l'explication suivante :

The underlying problem in any open and democratic society based on human dignity, equality and freedom in which conscientious and religious freedom has to be regarded with appropriate seriousness, is how far such democracy can and must go in allowing members of religious communities to define for themselves which laws they will obey and which not. Such a society can cohere only if all its participants accept that certain basic norms and standards are binding. Accordingly, believers cannot claim an automatic right to be exempted by their beliefs from the laws of the land. At the same time, the state should, wherever reasonably possible, seek to avoid putting believers to extremely painful and intensely burdensome choices of either being true to their faith or else respectful of the law. [para. 35]

[TRADUCTION] Dans toute société ouverte et démocratique qui reconnaît la dignité humaine, l'égalité et la liberté dans lesquels la liberté de conscience et de religion doit être considérée avec le sérieux qui s'impose, le problème sous-jacent consiste à déterminer la mesure dans laquelle la démocratie peut et doit permettre aux membres des communautés religieuses de déterminer eux-mêmes les lois qu'ils respecteront et celles qu'ils ne respecteront pas. Une telle société ne peut se tenir que si tous ses participants acceptent le caractère obligatoire de certaines normes fondamentales. Dès lors, les croyants ne peuvent prétendre à un droit automatique d'être soustraits, en raison de leurs croyances, aux lois du pays. En même temps, l'État devrait, lorsque c'est raisonnablement possible, s'efforcer de ne pas obliger les croyants à faire le choix difficile et intensément pénible entre rester fidèles à leur foi ou respecter la loi. [par. 35]

And in *Amselem*, the majority in this Court observed that

75 Dans l'arrêt *Amselem*, les juges majoritaires de cette Cour ont fait observer ce qui suit :

[c]onduct which would potentially cause harm to or interference with the rights of others would not automatically be protected. . . .

Indeed, freedom of religion . . . may be made subject to overriding societal concerns. [paras. 62-63]

Une conduite susceptible de causer préjudice aux droits d'autrui ou d'entraver l'exercice de ces droits n'est pas automatiquement protégée. . .

De fait, [. . .] la liberté de religion [. . .] peut être subordonnée au respect de préoccupations sociales supérieures. [par. 62-63]

76 In Quebec, the fact that rights and freedoms, including freedom of religion, are limited by the extent to which their exercise is harmful to others, finds expression in s. 9.1 of the Quebec *Charter*. Only the first paragraph of s. 9.1 is engaged. It states:

> **9.1.** In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

77 Section 9.1 confirms the principle that the assertion of a claim to religious freedom must be reconciled with countervailing rights, values, and harm. A balancing of competing rights and values appears to have been what was intended when s. 9.1 was introduced in 1982, as reflected in the following words of the then Quebec Minister of Justice, M^e^ Marc-André Bédard:

> [TRANSLATION] The purpose of s. 9.1 is to temper the absoluteness of the freedoms and rights set out in ss. 1 through 9 both by imposing limits, which are set out in the first paragraph, on the holders of those rights and freedoms in relation to other citizens . . . .
>
> (*Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3rd Sess., 32nd Leg., December 16, 1982, at p. B-11609)

(See *Amselem*, at paras. 154-57, *per* Bastarache J., and para. 191, *per* Binnie J.; *Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591.)

78 Mr. Marcovitz's claim must therefore be weighed against the "democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec" stipulated by s. 9.1. We thereby enter the complex, nuanced, fact-specific territory referred to at the outset of these reasons.

79 Mr. Marcovitz, it seems to me, has little to put on the scales. To begin, he freely entered into a valid and binding contractual obligation and now seeks to have it set aside based on *ex post facto* religious

Au Québec, l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise prévoit que les droits et les libertés, y compris la liberté de religion, sont restreints dans la mesure où leur exercice ne doit pas être préjudiciable à autrui. Seul le premier paragraphe de l'art. 9.1 s'applique. Il prévoit ce qui suit :

> **9.1** Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

L'article 9.1 confirme le principe selon lequel la revendication du droit à la liberté de religion doit être conciliée avec les droits, les valeurs et le préjudice opposés. Une appréciation des droits et valeurs opposés semble correspondre à l'intention du législateur au moment de l'adoption de l'art. 9.1 en 1982, comme l'indique le propos suivant du ministre de la Justice du Québec de l'époque, M^e^ Marc-André Bédard :

> L'article 9.1 a pour objet d'apporter un tempérament au caractère absolu des libertés et droits édictés aux articles 1 à 9 tant sous l'angle des limites imposées au titulaire de ces droits et libertés à l'égard des autres citoyens, ce qui est le cas pour le premier alinéa . . .
>
> (*Journal des débats : Commissions parlementaires*, 3^e^ sess., 32^e^ lég., 16 décembre 1982, p. B-11609)

(Voir *Amselem*, par. 154-157, le juge Bastarache, et par. 191, le juge Binnie; *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591.)

Il faut donc apprécier la revendication de M. Marcovitz en regard « des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec » dont fait état l'art. 9.1. Ainsi, nous abordons l'exercice complexe, nuancé et tributaire des faits propres à chaque espèce mentionné au début de ces motifs.

M. Marcovitz, il me semble, a bien peu à mettre dans la balance. D'abord, il a conclu de son plein gré une obligation contractuelle valide et exécutoire qu'il cherche maintenant à faire annuler pour

compunctions. In my view, it is this attempt to resile from his binding promise, not the enforcement of the obligation, that offends public order.

But the public policy benefit of preventing individuals from avoiding the usual legal consequences of their contractual breaches, is only one of the factors that weighs against his claim. The significant intrusions into our constitutionally and statutorily articulated commitments to equality, religious freedom and autonomous choice in marriage and divorce that flow from the breach of his legal obligation are what weigh most heavily against him.

Section 21.1 of the *Divorce Act*, which gives a court discretionary authority to rebuff a spouse in civil proceedings who obstructs religious remarriage, is a clear indication that it is public policy in this country that such barriers are to be discouraged. As the comments of the then Ministers of Justice show, these amendments received overwhelming support from the Jewish community, including its more religious elements, reflecting a consensus that the refusal to provide a *get* was an unwarranted indignity imposed on Jewish women and, to the extent possible, one that should not be countenanced by Canada's legal system.

We also accept the right of Canadians to decide for themselves whether their marriage has irretrievably broken down and we attempt to facilitate, rather than impede, their ability to continue their lives, including with new families. Moreover, under Canadian law, marriage and divorce are available equally to men and women. A *get*, on the other hand, can only be given under Jewish law by a husband. For those Jewish women whose religious principles prevent them from considering remarriage unless they are able to do so in accordance with Jewish law, the denial of a *get* is the denial of the right to remarry. It is true that *get* also requires the consent of the wife, but as Ayelet Shachar points out in *Multicultural Jurisdictions*, the law has a disparate impact on women:

des scrupules religieux qui lui sont venus après coup. À mon avis, c'est cette tentative de se désister de sa promesse exécutoire, et non l'exécution de l'obligation, qui est contraire à l'ordre public.

80 Mais l'avantage que procure, dans l'intérêt public, le fait d'empêcher des personnes de se soustraire aux conséquences juridiques qu'entraînent leurs violations de contrat n'est qu'un des facteurs défavorables à la revendication de M. Marcovitz. Ce qui joue le plus contre lui, ce sont les atteintes importantes que la violation de ses obligations juridiques porte à nos engagements — précisés dans la Constitution et les lois — envers l'égalité, la liberté de religion et la liberté de choix en matière de mariage et de divorce.

81 En conférant au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'éconduire dans des procédures civiles un époux qui fait obstacle au remariage religieux, l'art. 21.1 de la *Loi sur le divorce* indique clairement qu'il est d'intérêt public au Canada de décourager les obstacles de ce genre. Comme l'indiquent les commentaires des ministres de la Justice de l'époque, la communauté juive, incluant ses membres plus religieux, ont accueilli très favorablement ces modifications, ce qui reflète l'opinion générale selon laquelle le refus d'accorder le *get* constitue à l'égard des femmes juives une indignité injustifiée que, dans la mesure du possible, le système juridique canadien ne devrait pas accepter.

82 Nous reconnaissons également aux Canadiens le droit de décider eux-mêmes si leur mariage est irrémédiablement brisé et nous tentons de leur permettre — et non de les empêcher — de continuer leurs vies, y compris avec de nouvelles familles. De plus, en droit canadien, le mariage et le divorce sont ouverts tant aux hommes qu'aux femmes. Par contre, selon la loi juive, le *get* ne peut être accordé que par l'époux. Pour la femme juive empêchée par ses principes religieux d'envisager le remariage à moins qu'il soit conforme à la loi juive, le refus du *get* la prive du droit de se remarier. Certes, l'épouse doit elle aussi consentir au *get*, mais comme le souligne Ayelet Shachar dans *Multicultural Jurisdictions*, le droit a sur les femmes un effet disparate :

The family law realm . . . vividly illustrates the troubling paradox of multicultural vulnerability, by demonstrating how well-meaning attempts to respect differences often translate into a license for subordination of a particular category of group members — in this instance, primarily women. [p. 62]

[TRADUCTION] Le domaine du droit familial [. . .] illustre on ne peut mieux le troublant paradoxe de la vulnérabilité multiculturelle en montrant de quelle façon des tentatives bien intentionnées de respect des différences se transforment souvent en autorisation de subordination des membres d'un groupe appartenant à une catégorie donnée — en l'occurrence, principalement les femmes. [p. 62]

The refusal of a husband to provide a *get*, therefore, arbitrarily denies his wife access to a remedy she independently has under Canadian law and denies her the ability to remarry and get on with her life in accordance with her religious beliefs.

Le refus de l'époux d'accorder le *get* à son épouse la prive donc arbitrairement de l'accès à un recours qu'elle possède de façon indépendante en droit canadien, et il lui enlève la possibilité de se remarier et de refaire sa vie conformément à ses croyances religieuses.

83 There is also support internationally for courts protecting Jewish women from husbands who refuse to provide a religious divorce.

Les tribunaux offrant aux femmes juives leur protection contre les époux qui refusent de leur accorder un divorce religieux jouissent également d'un soutien au niveau international.

84 The use of damages to compensate someone whose spouse has refused to provide a *get* was upheld by the European Commission of Human Rights. In *D. v. France*, Application No. 10180/82, December 6, 1983, D.R. 35, p. 199, the husband had been ordered by a French court to pay his ex-wife 25 000 francs to compensate her for his refusal to deliver a *get*. The husband applied to the Commission, arguing that his right to freedom of conscience and religion under the *European Convention on Human Rights* was violated by this award of damages. The Commission rejected his application, noting that "under Hebrew law it is customary to hand over the letter of repudiation after the civil divorce has been pronounced, and that no man with genuine religious convictions would contemplate delaying the remittance of this letter to his ex-wife" (p. 202). It further held that "in refusing to hand over the letter of repudiation establishing the religious divorce to his ex-wife, the applicant was not manifesting his religion in observance or practice, within the meaning of Article 9, para. 1 of the Convention" (p. 202).

La Commission européenne des droits de l'homme a maintenu le recours aux dommages-intérêts pour indemniser une épouse qui s'est vu refuser le *get*. Dans *D. c. France*, requête n° 10180/82, 6 décembre 1983, D.R. 35, p. 199, l'époux avait été condamné par un tribunal français à verser 25 000 francs à son ex-épouse pour l'indemniser de son refus de lui accorder le *get*. L'époux s'est adressé à la Commission, faisant valoir que son droit à la liberté de conscience et de religion garanti par la *Convention européenne des droits de l'homme* avait été violé par cette condamnation. La Commission a rejeté sa requête, faisant observer que « selon le droit hébraïque il est d'usage de délivrer la lettre de répudiation après le prononcé du divorce civil et qu'un homme véritablement pieux ne saurait retarder la remise de cette lettre à son ex-épouse » (p. 200). Elle a en outre estimé « qu'en refusant de remettre à son ex-épouse la lettre de répudiation constatant le divorce religieux, le requérant n'a pas manifesté sa religion par l'accomplissement d'un rite ou d'une pratique religieuse au sens de l'article 9, par. 1, de la Convention » (p. 200-201).

85 French courts have held that the refusal to provide the *get* is a delictual fault. The remedy provided is the payment of damages to compensate the wife. In Trib. civ. Seine, February 22, 1957,

Les tribunaux français ont statué que le refus d'accorder le *get* constitue une faute délictuelle. Le recours prévu est le paiement de dommages-intérêts pour indemniser l'épouse. Dans Trib. civ. Seine, 22

Gaz. Pal. 1957.1.246, for example, the husband had divorced his wife under civil law but refused to deliver a *get* to her. The Tribunal civil de la Seine held:

[TRANSLATION] Whereas the *get* is a purely religious act of repudiation that can have no effect — from a civil standpoint — on the breakdown of the marital relationship, to which effect has already been given by the divorce; and whereas it cannot therefore be properly maintained that the granting of a *get* is contrary to public order. [p. 246]

Finding that providing a *get* did not require any special form of worship, the Tribunal deemed that the husband's refusal to provide the *get* was a delictual fault and the wife was awarded substantial damages. (See also Civ. 2e, December 13, 1972, D. 1973.493.)

In the United Kingdom, courts have also been willing to attach civil consequences to a husband's refusal to provide a *get* and have recognized that the inability to remarry within one's religion represents a serious compensable injury. In *Brett v. Brett*, [1969] 1 All E.R. 1007, the English Court of Appeal ordered an additional lump sum spousal support payment by the husband if he refused to deliver a *get* by a certain date.

Australian courts too have provided remedies for a husband's refusal to give his wife a *get*. In *In the Marriage of Shulsinger* (1977), 13 A.L.R. 537, the Family Court of Australia held that a husband's undertaking to a family court that he would obtain a *get* did not violate his freedom of religion, concluding:

[The trial judge] was concerned with ... the serious question of the injustice that would arise if the husband sought and obtained a divorce in Australia, but refused to relieve his wife of the obligations of the marriage. It is contrary to all notions of justice to allow such a possibility to arise in a court, and to say that the court can do nothing. [Emphasis added; p. 541.]

And in *In the Marriage of Steinmetz* (1980), 6 F.L.R. 554, the Family Court of Australia awarded

février 1957, *Gaz. Pal.* 1957.1.246, par exemple, l'époux avait divorcé de son épouse au civil mais refusait de lui accorder le *get*. Le Tribunal civil de la Seine a conclu comme suit :

Attendu que le gueth est un acte de répudiation à caractère purement religieux qui ne peut emporter aucun effet sur la rupture du lien conjugal au point de vue civil, rupture déjà consacrée par le divorce; qu'il ne peut donc être utilement soutenu que la délivrance du gueth soit contraire à l'ordre public. [p. 246]

Constatant que la remise du *get* ne nécessite aucune forme de culte particulière, le tribunal a considéré que le refus de l'époux d'accorder le *get* constituait une faute délictuelle et l'épouse a obtenu des dommages-intérêts importants. (Voir également Civ. 2e, 13 décembre 1972, D. 1973.493.)

86 Au Royaume-Uni, les tribunaux se sont également montrés disposés à reconnaître les conséquences civiles du refus de l'époux d'accorder le *get* et ont affirmé que l'impossibilité de se remarier dans sa religion représente un préjudice grave donnant ouverture à indemnisation. Dans *Brett c. Brett*, [1969] 1 All E.R. 1007, la Cour d'appel d'Angleterre a condamné l'époux à verser une somme forfaitaire supplémentaire au titre de la pension alimentaire au conjoint s'il refusait d'accorder le *get* avant une certaine date.

87 Les tribunaux australiens ont aussi prévu des recours à l'égard du refus de l'époux d'accorder le *get* à son épouse. Dans *In the Marriage of Shulsinger* (1977), 13 A.L.R. 537, le tribunal de la famille de l'Australie a affirmé que l'engagement à accorder le *get* pris par un époux envers le tribunal ne violait pas sa liberté de religion, concluant comme suit :

[TRADUCTION] [Le juge de première instance] était préoccupé par [. . .] la grave question de l'injustice qui serait faite si l'époux demandait et obtenait un divorce en Australie, mais refusait de libérer son épouse des obligations du mariage. Il est contraire à toutes les notions de justice de permettre qu'une telle éventualité se produise devant un tribunal, et d'affirmer que ce dernier n'y peut rien. [Je souligne; p. 541.]

Puis, dans *In the Marriage of Steinmetz* (1980), 6 F.L.R. 554, le tribunal de la famille de l'Australie

the wife a greater amount of spousal maintenance in order to "encourage" the husband to give her a religious divorce.

88 American courts, relying primarily on the rationale that obtaining a *get* is not solely a religious act but one that has the secular purpose of finalizing the dissolution of the marriage, have been willing to order parties to submit to the jurisdiction of the *beth din*. In *Avitzur v. Avitzur*, 459 N.Y.S.2d 572 (1983), the New York Court of Appeals found that a clause in a Jewish marriage contract, requiring both parties to appear before the *beth din* upon the breakdown of the marriage for the purposes of obtaining a *get* was enforceable and did not violate the constitutional prohibition against excessive entanglement between church and state. (See also *Waxstein v. Waxstein*, 395 N.Y.S.2d 877 (Sup. Ct. 1976) (aff'd 394 N.Y.S.2d 253 (App. Div. 1977)); *Rubin v. Rubin*, 348 N.Y.S.2d 61 (Fam. Ct. 1973); and *Minkin v. Minkin*, 434 A.2d 665 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1981).) Unlike *Avitzur* and other American cases, this Court has not been asked either to order specific performance or, as previously noted, to determine the enforceability of a Jewish marriage contract, and the reference to these cases should not be taken as endorsing either remedy.

89 Of particular interest is the judicial treatment of a husband's refusal to provide a *get* in Israel, where judges have awarded damages as compensation to a wife because of her husband's refusal to give her a *get*. In *Jane Doe v. John Doe*, Jerusalem Fam. Ct., No. 19270/03, December 21, 2004, Hacohen J. recognized that "[t]he problem of *ghet* recalcitrance is one of the fundamental problems of Halakhic Judaism (Jewish Religious Law) and in Jewish family law" (para. 3). He observed that in H.C. 6751/04, *Sabag v. Supreme Rabbinical Court of Appeals*, 59(4) P.D. 817, the High Court of Justice stressed that it was imperative "to find effective solutions to this phenomenon . . . in order to free couples . . . and to allow them to begin new lives, and in that way to realize their right to independent lives in the area of personal status" (para. 3)

a octroyé à l'épouse une pension alimentaire plus substantielle pour « encourager » l'époux à accorder à cette dernière un divorce religieux.

Se fondant principalement sur le principe voulant que l'obtention du *get* constitue non seulement un acte religieux, mais aussi un acte ayant pour objet séculier de finaliser la dissolution du mariage, les tribunaux américains se sont montrés enclins à ordonner aux parties de se soumettre à la compétence du *beth din*. Dans *Avitzur c. Avitzur*, 459 N.Y.S.2d 572 (1983), la Cour d'appel de New York a conclu que la clause d'un contrat de mariage juif obligeant les deux parties à se présenter devant le *beth din* dès la rupture du mariage en vue d'accorder le *get* avait force exécutoire et n'allait pas à l'encontre de l'interdiction constitutionnelle de la confusion excessive de l'État et de l'Église. (Voir également *Waxstein c. Waxstein*, 395 N.Y.S.2d 877 (Sup. Ct. 1976) (conf. par 394 N.Y.S.2d 253 (App. Div. 1977)); *Rubin c. Rubin*, 348 N.Y.S.2d 61 (Fam. Ct. 1973); et *Minkin c. Minkin*, 434 A.2d 665 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1981).) Contrairement à la situation qui prévalait dans l'affaire *Avitzur* et d'autres affaires américaines, notre Cour n'est pas appelée à ordonner l'exécution intégrale ou, comme je l'ai déjà indiqué, à déterminer le caractère exécutoire d'un contrat de mariage juif, et la mention de ces décisions ne signifie pas que j'en accepte les dispositifs.

En Israël, où les juges ont octroyé des dommages-intérêts à une épouse à titre d'indemnisation pour le refus de son époux de lui accorder le *get*, l'attitude adoptée par les tribunaux à l'égard de cette question présente un intérêt particulier. Dans *Jane Doe c. John Doe*, Trib. fam. Jérusalem, n° 19270/03, 21 décembre 2004, le juge Hacohen a reconnu que [TRADUCTION] « [l]e problème de la réticence à accorder le *get* est un des problèmes fondamentaux du judaïsme halachique (la loi religieuse juive) et du droit familial juif » (par. 3). Il a fait observer que dans la décision H.C. 6751/04, *Sabag c. Supreme Rabbinical Court of Appeals*, 59(4) P.D. 817, la Haute cour de justice a signalé qu'il était impératif [TRADUCTION] « de trouver des solutions efficaces à ce phénomène [. . .] pour affranchir les couples [. . .] et leur permettre

(certified English translation). Noting the husband's argument that disputes of this nature should best be left to rabbinical courts because religious law applies to marriage and divorce in Israel, Hacohen J., who ordered the husband to pay 425,000 shekels in damages, including 100,000 shekels in aggravated damages, held:

de refaire leur vie, et d'ainsi jouir de leur droit de mener une vie indépendante sur le plan personnel » (par. 3) (traduit de l'anglais). Après avoir pris note de l'argument de l'époux voulant que les tribunaux rabbiniques soient mieux placés pour connaître des litiges de ce genre du fait que la loi religieuse s'applique au mariage et au divorce en Israël, le juge Hacohen, qui a condamné l'époux à verser 425 000 shekels en dommages-intérêts, y compris 100 000 shekels en dommages-intérêts majorés, a statué comme suit :

The rabbinical courts deal, at one tempo or another, with finding Halachic [religious law] solutions for the phenomenon of *get* recalcitrance and with the development of Halachic tools for exerting pressure on *get* withholders to consent to grant their wives the longed for *get*. However, in this suit the Court is not trespassing on this area. . . . The object of the relief applied for is to indemnify the wife for significant damages caused her by long years of *aginut*, loneliness and mental distress that were imposed on her by her husband. [Emphasis added; para. 19.]

[TRADUCTION] Les tribunaux rabbiniques sont appelés, à un moment ou à un autre, à trouver des solutions halachiques [de la loi religieuse] au phénomène de la réticence à accorder le *get* et à imaginer des outils halachiques pour forcer les personnes qui le retiennent à accepter d'accorder à leurs épouses le *get* tant attendu. En l'espèce, toutefois, la Cour ne s'ingère pas dans ce domaine. [. . .] Le redressement demandé a pour objet d'indemniser l'épouse des dommages importants causés par ses longues années d'*aginut*, de solitude et de souffrance morale que lui a imposées son époux. [Je souligne; par. 19.]

This international perspective reinforces the view that judicial enforcement of an agreement to provide a Jewish divorce is consistent with public policy values shared by other democracies. 90

Cette perspective internationale renforce l'idée que l'exécution judiciaire d'un engagement à accorder le divorce juif est compatible avec les valeurs d'ordre public que partagent d'autres démocraties.

Mr. Marcovitz cannot, therefore, rely on the Quebec *Charter* to avoid the consequences of failing to implement his legal commitment to provide the *get*. 91

M. Marcovitz ne peut donc pas s'appuyer sur la *Charte* québécoise pour se soustraire aux conséquences de son refus de donner suite à son engagement d'accorder le *get*.

The public interest in protecting equality rights, the dignity of Jewish women in their independent ability to divorce and remarry, as well as the public benefit in enforcing valid and binding contractual obligations, are among the interests and values that outweigh Mr. Marcovitz's claim that enforcing Paragraph 12 of the Consent would interfere with his religious freedom. 92

L'intérêt que porte le public à la protection des droits à l'égalité et de la dignité des femmes juives dans l'exercice indépendant de leur capacité de divorcer et se remarier conformément à leurs croyances, tout comme l'avantage pour le public d'assurer le respect des obligations contractuelles valides et exécutoires, comptent parmi les intérêts et les valeurs qui l'emportent sur la prétention de M. Marcovitz selon laquelle l'exécution de l'engagement pris au paragraphe 12 de l'entente pourrait restreindre sa liberté de religion.

Despite the moribund state of her marriage, Ms. Bruker remained, between the ages of 31 and 46, Mr. Marcovitz's wife under Jewish law, and 93

Malgré le caractère moribond de son mariage, Mme Bruker est demeurée, depuis l'âge de 31 ans jusqu'à 46 ans, l'épouse de M. Marcovitz selon la

dramatically restricted in the options available to her in her personal life. This represented an unjustified and severe impairment of her ability to live her life in accordance with this country's values and her Jewish beliefs. Any infringement of Mr. Marcovitz's freedom of religion is inconsequential compared to the disproportionate disadvantaging effect on Ms. Bruker's ability to live her life fully as a Jewish woman in Canada.

loi juive et s'est trouvée dramatiquement limitée dans ses choix de vie personnelle. Sa faculté de vivre sa vie conformément aux lois et aux valeurs de notre pays et à ses croyances juives s'est ainsi trouvée gravement et arbitrairement entravée. Une atteinte à la liberté de religion de M. Marcovitz est sans conséquence en comparaison des inconvénients disproportionnés sur la possibilité pour M^me^ Bruker de vivre pleinement sa vie comme femme juive au Canada.

D. *Damages*

D. *Dommages-intérêts*

94 That leaves Ms. Bruker's submission that the trial judge's award of damages was insufficient. On the other hand, Mr. Marcovitz argues that the quantum of damages awarded by the trial judge was overly generous and should be reduced.

Il reste à examiner la prétention de M^me^ Bruker selon laquelle l'indemnité accordée par le juge de première instance était insuffisante. Monsieur Marcovitz prétend au contraire que le montant des dommages-intérêts accordé par le juge de première instance était trop élevé et devrait être réduit.

95 Damages are available for breach of contract. Under art. 1607 C.C.Q., the creditor of an obligation is "entitled to damages for bodily, moral or material injury which is an immediate and direct consequence of the debtor's default". The trial judge concluded that Mr. Marcovitz's breach of his civil law obligation in Paragraph 12 of the Consent caused the damages claimed by Ms. Bruker. He exercised his discretion in awarding damages and I see no reason to interfere with that exercise.

Des dommages-intérêts peuvent être accordés en cas de rupture de contrat. Selon l'art. 1607 C.c.Q., le créancier d'une obligation « a droit à des dommages-intérêts en réparation du préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel, que lui cause le défaut du débiteur et qui en est une suite immédiate et directe ». Le juge de première instance a conclu que le manquement de M. Marcovitz à son obligation de droit civil contenue au paragraphe 12 de l'entente était la cause de la réclamation de dommages-intérêts par M^me^ Bruker. Il a exercé son pouvoir discrétionnaire en accordant des dommages-intérêts, et je ne vois aucune raison d'intervenir dans cet exercice.

96 There is no doubt that Mr. Marcovitz's refusal to appear to obtain the *get* was the exclusive reason a *get* was not issued. The Consent was freely entered into and the only thing that changed between the time of granting the Consent and the Decree Nisi was Mr. Marcovitz's mind. He was entitled to change his legal position, but not without changing the legal consequences. It is his right to refuse to give a *get* if he is so inclined, but not without accepting responsibility for the consequences to Ms. Bruker of his decision to resile from this civil obligation.

Il ne fait aucun doute que la seule raison pour laquelle le *get* n'a pas été accordé tient au refus de M. Marcovitz de se présenter devant le tribunal pour l'accorder. L'entente a été librement conclue, et tout ce qui a changé entre la date de l'entente et la date du prononcé du jugement conditionnel de divorce, c'est l'état d'esprit de M. Marcovitz. Il avait le droit de changer sa position juridique, mais non sans en changer les conséquences juridiques. Il peut refuser d'accorder le *get* s'il le désire, mais non sans accepter la responsabilité des conséquences que sa décision de revenir sur son obligation civile peut avoir pour M^me^ Bruker.

The trial judge considered all the evidence of the impact of the breach of Paragraph 12 of the Consent on Ms. Bruker's life. There is no evidence that he committed any palpable or overriding error, that he was proceeding on a mistaken or wrong principle, or that the assessment of damages is erroneous. Awarding damages in this case appropriately compensates Ms. Bruker for what she has lost by Mr. Marcovitz's refusal to perform his obligation under the contract — the ability for 15 years to marry or have children in accordance with her religious beliefs. I see no basis for disturbing the quantum of damages.

Le juge de première instance a examiné l'ensemble de la preuve relative à l'effet que le manquement au paragraphe 12 de l'entente a eu sur la vie de M^me^ Bruker. Rien n'indique qu'il a commis une erreur manifeste ou dominante, qu'il s'est fondé sur un principe erroné ou mauvais, ou que l'évaluation des dommages-intérêts est erronée. L'attribution de dommages-intérêts en l'espèce indemnise bien M^me^ Bruker de la perte que lui a causé le refus de M. Marcovitz d'exécuter son obligation contractuelle — soit la perte pendant 15 ans de la faculté de se remarier ou d'avoir des enfants conformément à ses croyances religieuses. Je ne vois aucune raison de modifier le montant des dommages-intérêts. 97

Ms. Bruker also argued that the trial judge erred by awarding interest and additional indemnity only as of the date of her amended claim for additional damages in 1996, rather than from the date of the issuance of the Decree Nisi in 1980 or the date of her original action in 1989. Article 1618 C.C.Q. provides for interest on the kind of damages claimed by Ms. Bruker "from the date of default or from any other later date which the court considers appropriate". Under art. 1619 C.C.Q., "indemnity may be added to the amount of damages awarded for any reason".

Madame Bruker a également soutenu que le juge de première instance a eu tort de n'accorder des intérêts et une indemnité additionnelle qu'à compter de la date de la modification de sa demande de dommages-intérêts additionnels en 1996, plutôt qu'à compter de la date du prononcé du jugement conditionnel de divorce en 1980 ou de la date de son action initiale en 1989. L'article 1618 C.c.Q. prévoit, relativement aux dommages-intérêts du genre de ceux que réclame M^me^ Bruker, le paiement de l'intérêt « depuis la demeure ou depuis toute autre date postérieure que le tribunal estime appropriée ». Aux termes de l'art. 1619 C.c.Q., « [i]l peut être ajouté aux dommages-intérêts accordés à quelque titre que ce soit, une indemnité ». 98

The trial judge found that Ms. Bruker's claim for damages became a real issue only after the granting of the *get*, when she issued her amended claim. As a result, he awarded interest and additional indemnity only as of the date of its service. I see no reason to interfere with this exercise of his discretion.

Le juge de première instance a estimé que la demande de dommages-intérêts de M^me^ Bruker n'est devenue une véritable question en litige qu'une fois le *get* accordé, lorsqu'elle a déposé sa déclaration modifiée. C'est pourquoi il n'a accordé des intérêts et une indemnité additionnelle qu'à compter de la date de sa signification. Je ne vois aucune raison d'intervenir dans cet exercice de son pouvoir discrétionnaire. 99

The appeal is therefore allowed with costs throughout.

Le pourvoi est donc accueilli avec dépens dans toutes les cours. 100

English version of the reasons of Deschamps and Charron JJ. delivered by

Les motifs des juges Deschamps et Charron ont été rendus par

DESCHAMPS J. (dissenting) — The question before the Court is whether the civil courts can be

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — La Cour est appelée à décider si les tribunaux civils peuvent 101

used not only as a shield to protect freedom of religion, but also as a weapon to sanction a religious undertaking. Many would have thought it obvious that in the 21st century, the answer is no. However, the conclusion adopted by the majority amounts to saying yes. I cannot agree with this decision.

102 Canada's adoption of multiculturalism and attachment to the fundamental values of freedom of conscience and religion and of the right to equality guarantee to all Canadians that the courts will remain neutral where religious precepts are concerned. This neutrality gives the courts the legitimacy they need to play their role as arbiters in relation to the cohabitation of different religions and enables them to decide how to reconcile conflicting rights. In thus protecting freedom of conscience and religion, the courts perform a task that is difficult and complex. It would be inappropriate to impose on them an additional burden of sanctioning religious precepts and undertakings.

103 In the instant case, for a court to sanction the religious consequences of delaying consent for a *get* signifies that it endorses those consequences even if they are contrary to the hard-won gains (*acquis*) of Canadian society. This is a first, and it offends the norms of the positive law of Quebec and of Canada. It is not authorized under either public law or private law.

104 I also have reservations regarding one of the majority's key arguments. The majority attach decisive importance to s. 21.1 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), thereby interpreting it in a way that exceeds its immediate scope. This provision was passed at the request of Canada's Jewish community and its purpose was to overcome the inability of rabbinical authorities to resolve the problem of Jewish religious divorce: "... the Jewish community led by B'nai Brith and the Canadian Jewish Congress, supported by major Jewish organizations, has requested such an amendment to remedy a situation it considers to be unfair" (*House of Commons Debates*, vol.

être utilisés non seulement comme rempart pour protéger la liberté de religion mais aussi comme arme pour sanctionner un engagement religieux. Plusieurs auraient cru évidente, au XXI^e siècle, une réponse négative. La conclusion à laquelle arrive la majorité équivaut cependant à répondre affirmativement à cette question. Je ne peux me ranger à cette décision.

L'adhésion du Canada au multiculturalisme et son attachement aux valeurs fondamentales que constituent la liberté de conscience et de religion et le droit à l'égalité garantissent à tous les Canadiens et Canadiennes que les tribunaux demeureront neutres devant les préceptes religieux. Cette neutralité donne aux tribunaux la légitimité nécessaire pour s'acquitter de leur rôle d'arbitre de la cohabitation des différentes religions et leur permet de décider comment les droits conflictuels peuvent être conciliés. Cette attitude protectrice des tribunaux face à la liberté de conscience et de religion implique une tâche lourde et complexe. Il ne conviendrait pas de leur imposer le fardeau additionnel de sanctionner les préceptes et engagements religieux.

Dans le présent cas, le fait de sanctionner les conséquences religieuses du délai à consentir au *get* signifie que le tribunal avalise ces conséquences religieuses, même si elles vont à l'encontre d'acquis de la société canadienne. Il s'agit d'une première et elle heurte les normes du droit positif québécois et canadien. Ni le droit public ni le droit privé ne l'autorisent.

Par ailleurs, j'ai certaines réserves à l'égard d'un des piliers de l'argumentaire de la majorité. Celle-ci accorde une importance déterminante à l'art. 21.1 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), lui conférant un effet interprétatif qui déborde sa portée immédiate. Cette disposition a été adoptée à la demande de la communauté juive canadienne afin de pallier l'incapacité des autorités rabbiniques à résoudre le problème du divorce religieux juif : « ... la communauté juive, en particulier l'association B'nai Brith du Canada [et le Conseil Juif canadien], appuyée par les principales organisations juives, a demandé que soit corrigée une situation qu'elle considère injuste » (*Débats de*

VI, 2nd Sess., 34th Parl., February 15, 1990, at p. 8375).

The constitutionality of s. 21.1 was challenged in this case. The challenge was abandoned, however, as the respondent was expressly authorized to contest the justiciability of the claim for damages without regard for that provision (Appellant's Record, at p. 3). This authorization was granted by the trial judge. As a result, neither the trial judge nor the Court of Appeal had recourse to s. 21.1 to dispose of the issue of the justiciability of the *get*. Yet the majority invoke this provision in support of their conclusion on this issue. The authorization granted by the Superior Court would become meaningless and the debate would be transformed if the higher courts based their decisions on an argument that has been withdrawn. It is unfortunate that the majority is using an argument to which it attaches so much importance, especially since the Court's decision can be interpreted as deciding, albeit only in part, the issue of the validity of the provision, whereas that issue was not argued and was even expressly withdrawn from the debate by the parties.

In this Court, the first issue raised by the appellant is that of the justiciability of the claim. But the majority deal with the case as one in which the parties' rights must be reconciled with their freedom of religion. In my view, the case turns on the issue of the justiciability of the appellant's claim. The respondent's arguments concerning the neutrality of the state's role in religious matters and the contract's want of an object are determinative. The argument based on his freedom of religion does not need to be discussed. No exercise of reconciliation or accommodation is necessary. The appellant's action lies neither in public law nor in the law of contracts.

1. Facts and Judicial History

In April 1980, the appellant instituted a divorce proceeding after 11 years of marriage. On July 15,

la Chambre des communes, vol. VI, 2e sess., 34e lég., 15 février 1990, p. 8375).

105 La validité constitutionnelle de l'art. 21.1 a été contestée dans le présent dossier. La contestation a toutefois été abandonnée, l'intimé ayant été expressément autorisé à contester la compétence des tribunaux pour trancher la réclamation en dommages-intérêts sans égard à cette disposition (dossier de l'appelante, p. 3). Cette autorisation a été accordée par le juge qui a entendu le procès. Ni le juge du procès ni la Cour d'appel n'ont donc eu recours à l'art. 21.1 pour disposer de la question de la compétence des tribunaux civils pour se saisir de la question du *get*. La majorité invoque cependant cette disposition pour appuyer sa conclusion sur cette question. L'autorisation donnée par la Cour supérieure perd son sens et le débat est transformé lorsque les tribunaux supérieurs se fondent sur un argument qui a été exclu de celui-ci. Il est regrettable qu'un argument auquel une telle importance est attachée soit utilisé par la majorité, d'autant plus que la décision de la Cour peut être interprétée comme ayant pour effet de trancher, même de façon partielle, la question de la validité de la disposition, alors qu'elle n'a pas été débattue et qu'elle a même été expressément écartée du débat par les parties.

106 Devant notre Cour, la première question soulevée par l'appelante est celle de la compétence des tribunaux. Les juges de la majorité traitent le dossier plutôt comme une question de conciliation du droit des parties à leur liberté de religion. À mon avis, la question de la compétence des tribunaux de connaître de la demande de l'appelante est décisive. Les moyens de l'intimé fondés sur la neutralité du rôle de l'État en matière religieuse et sur l'absence d'objet au contrat sont déterminants. Le moyen qui repose sur sa liberté de religion n'a pas besoin d'être examiné. Aucun exercice de conciliation ou d'accommodement n'est nécessaire. Ni le droit public ni le droit des contrats ne donnent ouverture à la demande de l'appelante.

1. Les faits et l'historique judiciaire

107 En avril 1980, après 11 années de mariage, l'appelante intente une action en divorce. Le 15

1980, the parties entered into an agreement on corollary relief. The agreement provided for the partition of property, access, support for the couple's two children and a lump-sum payment for the appellant, and it also included a mutual release. The agreement also contained, and this is the source of the dispute before this Court, the parties' undertaking to appear before the rabbinical authorities to obtain a Jewish religious divorce, known as a *get*. The clause concerning the *get* reads as follows:

12. The parties [agree to] appear before the Rabbinical authorities in the City and District of Montreal for the purpose of obtaining the traditional religious Get, immediately upon a Decree Nisi of Divorce being granted;

108 Shortly after the agreement was signed, the parties' relationship deteriorated and became stormy. In October 1980, the divorce decree was granted, but the respondent did not appear for the purpose of the *get*. The appellant worked as an interior decorator and led an active life marked by unconventional behaviour.

109 A judicial saga then began. The dispute related mainly to varying the corollary relief. A first judgment was rendered in 1983, and it was followed by many others. In 1989, the appellant brought an action claiming $500,000 for having been restrained from going on with her life, remarrying in accordance with the Jewish faith and having children (the two children of the marriage were adopted), all because the respondent had not fulfilled his undertaking to appear before the rabbinical authorities for the purpose of the *get*. She moved to New York, also in 1989, to start a new life. She went there with the couple's two children. Her relationship with her daughters was as difficult as her relationship with the respondent. In 1992, a placement order was made in respect of one of them; when this daughter came of age, she asked to continue living with her foster family. The other daughter lived with her mother only from time to time, as she went from one boarding school to another.

juillet 1980, les parties concluent une entente sur les mesures accessoires. L'entente traite du partage des biens, des droits de visite, de la pension alimentaire pour les deux enfants du couple, de l'attribution à l'appelante d'une somme globale, en plus de prévoir une quittance mutuelle. L'entente contient aussi, et c'est là la source du litige qui nous occupe, l'engagement des parties à se présenter devant les autorités rabbiniques en vue d'obtenir un divorce religieux juif, appelé *get*. La clause qui concerne le *get* est rédigée ainsi :

[TRADUCTION]

12. Les parties [conviennent] de se présenter devant les autorités rabbiniques de la ville et du district de Montréal en vue d'obtenir le *get* [divorce] religieux traditionnel immédiatement après le prononcé d'un jugement conditionnel de divorce.

Peu après la signature de l'entente, les relations entre les parties se détériorent au point de devenir orageuses. En octobre 1980, le jugement de divorce est prononcé mais l'intimé ne se présente pas pour l'obtention du *get*. L'appelante travaille comme décoratrice d'intérieur et mène une vie active, marquée par un comportement non conventionnel.

Débute alors une saga judiciaire. Le litige concerne principalement la modification des mesures accessoires. Dès 1983, un premier jugement est rendu. De nombreux autres suivent. En 1989, l'appelante intente une action dans laquelle elle réclame la somme de 500 000 $, au motif qu'elle aurait été empêchée de mener sa vie, de se remarier selon la foi juive et d'avoir des enfants (les deux enfants du mariage sont adoptés), le tout parce que l'intimé n'a pas donné suite à son engagement de se présenter devant les autorités rabbiniques pour l'obtention du *get*. Également en 1989, l'appelante déménage à New York en quête d'une nouvelle vie. Elle s'y rend avec les deux enfants du couple. Les relations de l'appelante avec les filles sont aussi difficiles que celles qu'elle entretient avec l'intimé. L'une d'elles fait, en 1992, l'objet d'une ordonnance de placement; à sa majorité, elle demande de continuer à habiter avec sa famille d'accueil. L'autre n'habite que sporadiquement avec sa mère, passant d'un pensionnat à l'autre.

On December 5, 1995, contemporaneously with the hearing of several motions made by both the respondent and the appellant concerning the corollary relief, the respondent consented to the *get*; a religious divorce was then granted. The respondent testified that, at that time, he was satisfied with the arrangement he had with his daughters. Since he was supporting them directly, he felt liberated from the appellant. However, the action in damages continued, and the appellant changed the amount she was claiming to $1,350,000.

Le 5 décembre 1995, à une époque contemporaine à l'audition de plusieurs requêtes présentées tant par l'intimé que par l'appelante au sujet des mesures accessoires, l'intimé consent au *get*; le divorce religieux est alors prononcé. L'intimé témoigne qu'il était à ce moment satisfait de l'entente qu'il avait avec les filles. Subvenant directement à leurs besoins, il se sentait libéré de l'appelante. L'action en dommages-intérêts continue toutefois de suivre son cours. L'appelante modifie à 1 350 000 $ la somme réclamée. 110

The Superior Court rendered judgment in that action in 2003 ([2003] R.J.Q. 1189). The judge found that once the religious obligation was incorporated into the corollary relief agreement, it "moved into the realm of the civil courts, and the religious obligation became embodied in a secular agreement. . . . Once there is a civil contract, even if its object relates to religious obligations, it is justiciable and within the jurisdiction of the civil court. . . . Since in this case there are no public order issues, the contract is valid. Simply put, a valid civil obligation with religious undertones was created." (paras. 19-20)

Le jugement de la Cour supérieure sur cette action est prononcé en 2003 ([2003] R.J.Q. 1189). Le juge conclut que, lors de son incorporation à l'entente sur les mesures accessoires, l'obligation religieuse [TRADUCTION] « est devenue de la compétence des tribunaux civils, et l'obligation religieuse a été incorporée dans une entente civile. [. . .] Dès lors qu'un contrat civil existe, même si ses objets ont trait à des obligations religieuses, il est justiciable et relève de la compétence du tribunal civil. [. . .] Puisqu'en l'espèce aucune question d'ordre public ne se pose, le contrat est valide. En termes simples, une obligation civile valide teintée de religion a été créée. » (par. 19-20) 111

The judge found that the refusal to consent to the *get* was not justified in law. He noted that the respondent's attitude was a form of punishment or constraint in light of his claim that the appellant had alienated the children and harassed him with demands for money (paras. 9 and 12).

Le juge conclut que le refus de consentir au *get* n'est pas justifié en droit. Il note que l'attitude de l'intimé constitue une forme de punition ou de contrainte, parce que celui-ci prétend que l'appelante a aliéné les enfants et l'a harcelé de demandes pécuniaires (par. 9 et 12). 112

Making a connection with what he saw as the appellant's adherence to the precepts of the Orthodox Jewish community, the judge awarded $2,500 for each of the 15 years during which she had been unable to remarry:

Faisant un lien avec ce qu'il dit être l'adhésion de l'appelante aux préceptes de la communauté orthodoxe juive, le juge accorde 2 500 $ pour chacune des 15 années pendant lesquelles celle-ci n'a pu se remarier : 113

While there is no evidence that any suitor broke off his relationship with Plaintiff because of her inability to marry him before a Rabbi of the Orthodox Community — indeed there is no evidence of any offer to marry at all — Plaintiff was nevertheless entitled to exercise her freedom of religious choice as she alone determined it. It is not for Defendant to impose on her a degree of

[TRADUCTION] Bien qu'il n'existe aucune preuve établissant qu'un prétendant ait mis fin à sa relation avec la demanderesse à cause de l'incapacité de celle-ci de se marier avec lui devant un rabbin de la communauté orthodoxe — d'ailleurs rien n'indique qu'elle ait jamais reçu une demande en mariage —, la demanderesse avait néanmoins le droit d'exercer sa liberté de religion comme

"religiosity", to say that she could have remarried in the Reform Synagogue or sought an annulment, etc.

Matters of religious conscience must be left to the adult parties invoking them and not be imposed by others. Plaintiff has satisfied the Court that despite her many deviations from the doctrines and precepts of the Orthodox Jewish Community — her abortion, extra-marital affairs, use of contraceptives, etc. — Plaintiff was and remained a member of the Orthodox branch of the Jewish community, that she therefore had the right to remarry before a rabbi of that community and to do so, would have needed a Get from a Beth Din recognised by such community. [paras. 46-47]

114 The judge also awarded the appellant $10,000 on the basis that had she had any children during that period, they would not have been legitimate according to the precepts of the Orthodox Jewish community:

The Court presumes that any reference by Plaintiff to having children would necessarily mean "legitimate" ones under the precept of the Orthodox Jewish community to which she belonged.

Since Plaintiff failed to adduce any evidence that any relationship which could have led to marriage had foundered on her not having a Get, she was not prevented from having such a child with such a partner.

However, since she was generally unable to have such a legitimate child and she alleges that this affected her choice of male companions and lovers, the Court awards her a nominal sum of $10,000 under this head. [paras. 50-52]

115 The respondent appealed that judgment.

116 The Court of Appeal began by noting that although support and the partition of financial interests are within the jurisdiction of a judge hearing a divorce action, the same could not be said of the undertaking in clause 12 of the agreement on corollary relief. Hilton J.A., writing for the court, stated:

The appearance before rabbinical authorities for the purpose of obtaining a *ghet*, as mentioned in

elle seule l'entendait. Il n'appartient pas au défendeur de lui imposer un degré de « religiosité », de dire qu'elle aurait pu se remarier à la Synagogue réformée ou demander une annulation, etc.

Les questions de conscience religieuse doivent être laissées aux parties adultes qui les invoquent et non leur être imposées par autrui. La demanderesse a convaincu la cour que malgré ses nombreux accrocs aux doctrines et préceptes préconisés par la communauté juive orthodoxe — son avortement, ses relations extra-conjugales, son usage de contraceptifs, etc. —, elle a été et est demeurée membre de la branche orthodoxe de la communauté juive, qu'elle avait donc le droit de se remarier devant un rabbin de cette communauté et que, pour ce faire, elle aurait eu besoin d'un *get* accordé par un Beth Din reconnu par celle-ci. [par. 46-47]

Il accorde aussi à l'appelante la somme de 10 000 $, pour le motif qu'elle ne pouvait pas, pendant cette période, avoir d'enfant légitime selon les préceptes de la communauté juive orthodoxe :

[TRADUCTION] La cour présume que toute mention par la demanderesse du fait d'avoir des enfants s'entend nécessairement d'enfants « légitimes » selon les préceptes observés par la communauté juive orthodoxe à laquelle elle appartenait.

Comme la demanderesse n'a produit aucune preuve de l'échec d'une relation qui aurait pu conduire au mariage parce qu'elle n'avait pas de *get*, elle n'a pas été empêchée d'avoir un enfant avec le partenaire d'une telle relation.

Toutefois, étant donné qu'elle n'était généralement pas en mesure d'avoir d'enfant légitime, situation qui, affirme-t-elle, a influencé son choix de compagnons et d'amoureux, la Cour lui accorde une somme symbolique de 10 000 $ à ce titre. [par. 50-52]

L'intimé porte ce jugement en appel.

La Cour d'appel souligne d'abord que si la pension alimentaire et le partage des intérêts financiers sont des sujets relevant de la compétence du juge qui entend l'action en divorce, tel n'est pas le cas pour l'engagement contenu à la clause 12 de l'entente sur les mesures accessoires. S'exprimant pour la cour, le juge Hilton écrit ceci :

[TRADUCTION] La comparution devant des autorités rabbiniques en vue d'obtenir un *get*, engagement prévu

paragraph 12 of the Consent, however, is not one that could be properly obtained as an order of corollary relief at the initiative of a party to a divorce. Even now, the most that could ever be sought is the relief contemplated by section 21.1 of the *Divorce Act*, which, as we have seen, is imperfect, since its implementation is dependent on the presentation of an unrelated motion by a spouse who has it within his or her power to remove a barrier to obtaining a religious divorce by effectively subjecting the court's consideration of the unrelated motion to the removal of the religious barrier.

([2005] R.J.Q. 2482, at para. 41)

Hilton J.A. also found that the Superior Court judge had erred in giving the form of the obligation precedence over its substance:

Although one cannot help but be sympathetic to the plight of a Jewish woman whose former husband delays or denies her a *ghet*, whether or not he has entered into a premarital agreement to do so or in the context of a consent to corollary relief, I have concluded that the substance of the former husband's obligation is religious in nature, irrespective of the form in which the obligation is stated, and accordingly, that an alleged breach of the obligation is not enforceable by the secular courts to obtain damages or specific performance. Manifestly, it is not the role of secular courts to palliate the discriminatory effect of the absence of a *ghet* on a Jewish woman who wants to obtain one, any more than it would be appropriate for secular courts, in an extra-contractual context, to become involved in similar disputes involving other religions where unequal treatment is the fate of women in terms of their access to positions in the clergy, or as we have seen recently in other contexts, the fate reserved for same-sex couples being denied the right to marry in religious ceremonies of some religious faiths. [para. 76]

Finally, Hilton J.A. disagreed with the trial judge's conclusion that because the *get* was issued in 1995, one could have been issued in 1980. Hilton J.A. pointed out that the situation had changed between the time the agreement was signed and the time the divorce was granted and that according to undisputed evidence, the rabbinical authorities consider not prior consent, but only consent that is given freely before the Jewish court. In Hilton

au paragraphe 12 du Consentement, ne peut cependant pas vraiment être obtenue par voie d'ordonnance sur les mesures accessoires demandée par une partie à un divorce. Même maintenant, le mieux que l'on puisse demander est la mesure envisagée à l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce*, laquelle, comme nous l'avons vu, est imparfaite, puisque son application dépend de la présentation d'une demande distincte par l'époux qui a le pouvoir de supprimer l'obstacle à l'obtention d'un divorce religieux, l'examen par le tribunal de cette demande étant concrètement subordonné à la suppression de l'obstacle religieux.

([2005] R.J.Q. 2482, par. 41)

117 Le juge Hilton estime aussi que le juge de la Cour supérieure a commis une erreur en faisant primer la forme de l'obligation sur sa substance :

[TRADUCTION] Bien que l'on ne puisse qu'être empathique au sort d'une femme juive dont l'ex-époux retarde l'obtention du *get* ou refuse de le lui accorder, qu'il ait ou non conclu une entente prénuptiale l'obligeant à le faire ou dans le contexte d'un consentement sur les mesures accessoires, je suis arrivé à la conclusion que l'essence de l'obligation de l'ex-époux est de nature religieuse — quelle que soit la forme que prend l'obligation — et que, par conséquent, il n'est pas possible en cas d'allégation de manquement à cette obligation de s'adresser aux tribunaux séculiers pour obtenir l'exécution en nature de cette obligation ou des dommages-intérêts. Manifestement, il n'appartient pas aux tribunaux séculiers de pallier l'effet discriminatoire de l'absence d'un *get* pour une femme juive qui désire en obtenir un, pas plus qu'il ne conviendrait que ces tribunaux, dans un contexte non contractuel, se saisissent de litiges semblables concernant d'autres religions et où un traitement inégal est réservé aux femmes quant à l'accès à des postes au sein du clergé, ou encore, comme nous l'avons vu récemment dans d'autres contextes, de litiges où des conjoints de même sexe se voient refuser le droit de se marier dans des cérémonies religieuses associées à certaines croyances religieuses. [par. 76]

118 Le juge Hilton reproche enfin au juge de première instance de conclure que, puisque le *get* a été accordé en 1995, il aurait pu l'être en 1980. Le juge Hilton rappelle que les conditions avaient changé entre le moment de la signature de l'entente et le prononcé du divorce et que, selon la preuve incontestée, les autorités rabbiniques prennent en considération, non un consentement préalable, mais seulement celui donné librement devant le tribunal juif.

J.A.'s view, it was clear that consent could not have been freely given between the time the divorce was granted and the time when consent was in fact given. The judge stated that the only way he could have reconciled what he understood to be the exercise of the respondent's religious conscience with the appellant's position was to find that the respondent should have been untruthful as to the voluntary nature of his presence before the *beth din* and his consent to the *get*. As Hilton J.A. saw it, the clause in the corollary relief agreement contained at most a moral obligation that could not be enforced in the civil courts.

119 The appellant asks this Court to recognize that the obligation is civil in nature and to award her $400,000 in damages, plus interest since the date of the divorce decree in 1980. The respondent submits that it is not possible under the law of contracts to sanction religious undertakings and that the object of the undertaking in clause 12 is a religious act. He argues that s. 3 of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, guarantees the right to perform or not to perform a religious act and that religious undertakings are not actionable.

2. Analysis

2.1 *The get from the public law standpoint: judicial consideration of claims with a religious basis*

120 Despite the religious foundations of Roman law and French civil law, from which Quebec civil law is derived, there should be no doubt today that in Quebec, the state is neutral where religion is concerned. A first break occurred at the time of the *Royal Proclamation* of 1763. Another step took place in the 20th century when Quebec opened up to the world and in the early 1960s, during the Quiet Revolution, when the state took charge of institutions controlled by religious communities. A more complete break occurred with the adoption by Canada of the policy of multiculturalism. (F. K. Comparato, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé* (1964), at pp. 135-

Manifestement, selon le juge Hilton, le consentement n'aurait pas pu être libre entre le moment du prononcé du divorce et celui où il a été donné. Le juge signale qu'il ne peut concilier ce qu'il comprend être l'exercice de la conscience religieuse de l'intimé avec la position suggérée par l'appelante sans conclure que l'intimé aurait dû mentir concernant le caractère volontaire de sa présence devant le *beth din* et son consentement au *get*. Le juge voit tout au plus dans la clause de l'entente sur les mesures accessoires une obligation morale dont l'exécution ne peut pas être demandée aux tribunaux civils.

L'appelante demande à notre Cour de reconnaître le caractère civil de l'obligation et de lui accorder des dommages de 400 000 $, majorés des intérêts depuis la date du jugement de divorce en 1980. L'intimé, pour sa part, soutient que le droit des contrats ne permet pas de sanctionner un engagement religieux et que l'objet de l'engagement contenu à la clause 12 est un acte religieux. Il plaide que l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, garantit le droit d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte religieux et que l'engagement religieux ne donne pas ouverture à une action en justice.

2. Analyse

2.1 *Le get vu sous l'angle du droit public : la judiciarisation des réclamations ayant un fondement religieux*

Malgré les fondements religieux du droit romain et du droit civil français dont est issu le droit civil québécois, que l'État québécois soit neutre du point de vue religieux ne devrait faire, aujourd'hui, aucun doute. Une première césure s'est opérée lors de la *Proclamation Royale* de 1763. L'ouverture au monde faite au XX^{e} siècle et la prise en charge par l'État des institutions contrôlées par les communautés religieuses au début des années 60 lors de la Révolution tranquille marquent un autre pas. Une césure plus complète est survenue avec l'adoption, par le Canada, de la politique du multiculturalisme. (F. K. Comparato, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé* (1964), p. 135-136;

36; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 S.C.R. 650, 2004 SCC 48, at paras. 66-68; and *Canadian Multiculturalism Act*, R.S.C. 1985, c. 24 (4th Supp.).)

This neutrality does not mean that the state never considers questions relating to religion. On the contrary, s. 2 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* requires that the state respect freedom of religion. Thus, in *Congrégation des témoins de Jéhovah*, it was precisely because of an argument that freedom of religion had been violated that the courts had to consider the municipality's refusal to grant a zoning variance. This reflects a "negative" view of freedom of religion according to which the state must not infringe a fundamental right any more than is necessary. As in the case of freedom of expression, the state does not have to provide preachers with megaphones (*Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995).

In Canadian law, a court is thus not barred from considering a question of a religious nature, provided that the claim is based on the violation of a rule recognized in positive law. In this regard, there have already been cases in which Canadian courts have been asked to give effect to obligations related to a *get* or a religious marriage contract. The requirement that there be a rule of positive law before an action will lie is a neutral basis for distinguishing cases in which intervention is appropriate from cases in which it is not. In *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550, a majority of the Manitoba Court of Appeal held that *gets* were within the jurisdiction of the religious court, not the secular courts. The Court of Appeal quashed an order requiring a husband to consent to a *get* on the basis that the religious marriage contract, the *ketubah*, did not contain a civil obligation.

However, if a spouse can show that the religious marriage contract meets all the requirements for a civil contract under provincial legislation, then the courts may order the fulfilment of undertakings

Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village), [2004] 2 R.C.S. 650, 2004 CSC 48, par. 66-68, et *Loi sur le multiculturalisme canadien*, L.R.C. 1985, ch. 24 (4e suppl.).)

121 Cette neutralité ne signifie pas que l'État ne prend jamais en considération les questions religieuses. Au contraire, l'art. 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés* commande à l'État de respecter la liberté de religion. Ainsi, dans l'affaire *Congrégation des témoins de Jéhovah*, c'est justement parce que l'on plaidait la violation de la liberté de religion que les tribunaux ont eu à se pencher sur le refus de la municipalité concernée de consentir une dérogation au règlement de zonage. Cela reflète une conception « négative » de la liberté de religion, qui impose à l'État l'obligation de ne pas porter atteinte plus que nécessaire au droit fondamental. Tout comme pour la liberté d'expression, l'État n'a pas à fournir de porte-voix aux prédicateurs (*Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995).

122 Le droit canadien ne prohibe donc pas la prise en considération par les tribunaux de questions à caractère religieux, à condition que la réclamation soit fondée sur la violation d'une règle reconnue en droit positif. À ce propos, l'intervention de tribunaux canadiens a déjà été sollicitée en vue de donner effet à des obligations liées au *get* ou à un contrat de mariage religieux. Le fait d'assujettir la recevabilité d'une réclamation à l'existence d'une règle de droit positif constitue une base neutre permettant de distinguer les cas où l'intervention est permise de ceux où elle ne l'est pas. Dans *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550, la Cour d'appel du Manitoba, à la majorité, a estimé que le *get* était du ressort du tribunal religieux et non des tribunaux laïques. Elle a cassé une ordonnance enjoignant à un mari de consentir au *get* au motif que le contrat de mariage religieux, la *ketubbah*, ne contenait pas d'obligation civile.

123 Par contre, si un époux peut démontrer que son contrat de mariage religieux remplit toutes les conditions d'un contrat civil selon la législation provinciale, les tribunaux peuvent ordonner

to pay the amounts provided for in the contract. This legal basis has been recognized in British Columbia for Muslim marriage contracts (*mahr*) in *Nathoo v. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (QL) (S.C.), *Amlani v. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653, and *M. (N.M.) v. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346. In Ontario, on the other hand, it has been held that a marriage contract of this type did not meet the requirements of the applicable provincial legislation (*Kaddoura v. Hammoud* (1998), 168 D.L.R. (4th) 503 (Ont. Ct. (Gen. Div.))).

124 In every case, the parties and the court must refer to the relevant civil rules to determine whether the undertaking is binding. In the case at bar, the appellant is not questioning recourses that have already been recognized in order to find a solution to the problem of the *get*, but is seeking to create a new one.

125 The appellant asks the courts to assess the impact the respondent's failure to consent to the *get* has had on her life. No civil rules provide for the consequences of the absence of a *get*. These consequences flow from religious rules. A wife who is not granted a *get* upon the dissolution of the civil marriage is considered an *agunah*, or "chained wife", and in the eyes of her religion, any children she has in the future will be *mamzerim*, or illegitimate children.

126 The courts have long refused to intervene in the manner proposed by the appellant. The courts' role in matters of religion is neutral. It is limited to ensuring that laws are constitutional and, in the case of a private dispute, to identifying the point at which rights converge so as to ensure respect for freedom of religion.

127 To be certain that these limitations are now deeply rooted, one need only recall the comment made by Lord Moulton in *Despatie v. Tremblay* (1921), 47 B.R. 305 (P.C.), with respect to the law as it stood at the time of the coming into force of the *Quebec Act* (U.K.), 14 Geo. 3, c. 83:

l'exécution des engagements à payer les sommes qui y sont prévues. En Colombie-Britannique, ce fondement juridique a été reconnu à l'égard d'un contrat de mariage musulman (*mahr*), dans les affaires *Nathoo c. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (QL) (C.S.), *Amlani c. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653, et *M. (N.M.) c. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346. En Ontario, par contre, on a jugé que ce type de contrat de mariage ne remplissait pas les conditions prévues par la législation provinciale applicable (*Kaddoura c. Hammoud* (1998), 168 D.L.R. (4th) 503 (C. Ont. (Div. gén.))).

Dans chaque cas, les parties et les tribunaux doivent se reporter aux règles civiles pertinentes pour évaluer le caractère obligatoire de l'engagement. Le présent pourvoi ne remet pas en cause les recours déjà reconnus pour trouver une solution au problème du *get*, mais cherche à en créer un nouveau.

L'appelante demande aux tribunaux d'évaluer l'impact qu'a eu sur sa vie l'omission de l'intimé de consentir au *get*. Les conséquences de l'absence du *get* ne sont pas prévues par des règles civiles. Elles découlent des règles religieuses. En effet, l'épouse qui n'obtient pas de *get* à la dissolution du mariage civil est considérée comme une *agunah*, ou « femme enchaînée », et, aux yeux de sa religion, ses enfants futurs seront des *mamzerim*, ou enfants illégitimes.

De longue date, les tribunaux se sont refusés à endosser le genre d'intervention proposée par l'appelante. Le rôle des tribunaux est neutre en matière de religion. Il se limite à s'assurer que les lois sont conformes à la Constitution et, dans le cas d'un litige privé, à déterminer le point de convergence des droits dans une quête de respect de la liberté de religion.

Pour se convaincre des racines maintenant profondes de ces limites, il suffit de rappeler le commentaire de lord Moulton dans l'affaire *Despatie c. Tremblay* (1921), 47 B.R. 305 (C.P.), au sujet du droit à l'époque de l'entrée en vigueur de l'*Acte de Québec* (R.-U.), 14 Geo. 3, ch. 83 :

The law did not interfere in any way with the jurisdiction of any ecclesiastical courts of the Roman Catholic religion over the members of that communion so far as questions of conscience were concerned. But it gave to them no civil operation. Whether the persons affected chose to recognize those decrees or not was a matter of individual choice which might, or might not, affect their continuance as members of that religious communion. But that was a matter which concerned themselves alone. [p. 316]

[TRADUCTION] La loi ne s'est d'aucune façon ingérée dans la compétence des tribunaux ecclésiastiques de la religion catholique romaine sur les membres de cette foi en ce qui a trait aux questions de conscience. Mais elle ne leur a en revanche reconnu aucun rôle au civil. La décision des personnes touchées de choisir ou non de reconnaître ces décrets constituait une question de choix personnel qui pouvait ou non nuire à leur capacité de continuer à être membres de cette communion. Mais il s'agissait d'une question qui ne les concernait qu'elles. [p. 316]

The Law Lords accordingly refused to apply the religious rule to determine the validity of the marriage in issue.

Les lords juges refusaient ainsi d'appliquer la norme religieuse pour décider de la validité du mariage en cause.

This Court's decision in *Ukrainian Greek Orthodox Church of Canada v. Trustees of the Ukrainian Greek Orthodox Cathedral of St. Mary the Protectress*, [1940] S.C.R. 586, is just as clear. Crocket J. wrote the following:

128 L'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Ukrainian Greek Orthodox Church of Canada c. Trustees of the Ukrainian Greek Orthodox Cathedral of St. Mary the Protectress*, [1940] R.C.S. 586, est tout aussi explicite. Le juge Crocket s'y exprime ainsi :

. . . for it is well settled that, unless some property or civil right is affected thereby, the civil courts of this country will not allow their process to be used for the enforcement of a purely ecclesiastical decree or order. [Emphasis added; p. 591.]

[TRADUCTION] . . . car qu'il est bien établi que, sauf dans les cas où un droit de propriété ou un droit civil est touché par une telle mesure, les tribunaux civils de notre pays ne permettront pas qu'on s'adresse à eux pour obtenir l'exécution d'un décret ou d'une ordonnance purement ecclésiastique. [Je souligne; p. 591.]

He concluded, at p. 594, that "[t]he manifest and sole purpose of this claim, as that of the whole action, is to enforce obedience to a purely ecclesiastical sentence or decree. For that reason I am of opinion that the Court of Appeal was fully justified in dismissing the plaintiff's action."

Il conclut, à la p. 594, que [TRADUCTION] « [l]e but unique et évident de la présente prétention, tout comme celui de l'action en général, est d'obtenir l'exécution d'une décision ou d'un décret purement ecclésiastique. Pour ce motif, j'estime que la Cour d'appel était tout à fait justifiée de rejeter l'action de la demanderesse. »

The requirements for issuing a *get* and the consequences of not having a religious divorce are governed by the rules of the Jewish religion. The state does not interfere in this area. For instance, the Quebec Superior Court has, in refusing to order a husband to grant his former wife a *get*, invoked not only the separation of religious institutions and the state, but also freedom of conscience. On the issue of freedom of conscience, Hurtubise J. wrote the following in *Ouaknine v. Elbilia*, [1981] C.S. 32, at p. 35:

129 Les conditions de délivrance d'un *get* et les conséquences de l'absence de divorce religieux sont régies par les normes de la religion juive. L'État ne s'immisce pas dans ce domaine. Par exemple, la Cour supérieure du Québec a refusé d'ordonner à un mari d'accorder un *get* à son ex-épouse en invoquant non seulement la séparation des institutions religieuses et de l'État, mais aussi la liberté de conscience. Sur ce dernier aspect, le juge Hurtubise a écrit ceci dans *Ouaknine c. Elbilia*, [1981] C.S. 32, p. 35 :

[TRANSLATION] From this standpoint, the question that arises is as follows: must the Court compel the

Sous cet angle, la question qui se pose est la suivante : la Cour doit-elle contraindre l'intimé à se présenter

respondent to appear before a rabbinical court and grant a religious divorce? Absent any evidence, must we assume that such an order would not be contrary to the precepts of the Jewish religion? And beyond the institution, the church, is it possible, in compelling an individual to do something like this, to avoid interfering with and limiting the free exercise of his or her own freedom of religion and conscience without determining the individual's deeply held beliefs or making assumptions about what the individual intends? We do not think so.

130 I do not feel that the courts have reversed or qualified their approach to sanctioning purely religious obligations. Whether a court is asked to compel a party to appear before rabbinical authorities or to order the payment of money, the same principle is in issue: can the authority of the courts be based on a purely religious rule? I do not think it can. In *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 S.C.R. 165, this Court reiterated the principle enunciated by Crocket J. in *Ukrainian Greek Orthodox Church*. Its decision was based on the fact that, for members of the Hutterite colony, a voluntary association, the right to remain on land owned by the Lakeside Holding Co. was a contractual right (p. 174). That case, unlike the case at bar, concerned a validly formed contract between the parties. It cannot therefore be relied on to support an argument that the courts now intervene in religious disputes.

131 Furthermore, this principle of non-intervention in religious practices was one of the most important bases for adoption of the subjective standard of sincere belief (*Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47). The principle is an important one, since the circumstances in which the courts might be asked to intervene in religious disputes are manifold. The principle of non-intervention makes it possible to avoid situations in which the courts have to decide between various religious rules or between rules of secular law and religious rules. In the instant case, the appellant has not argued that her civil rights were infringed by a civil standard derived from positive law. Only her religious rights are in issue, and only as a result of

devant un Tribunal rabbinique et à accorder le divorce religieux? En l'absence de preuve, devons-nous présumer que cette ordonnance n'irait pas à l'encontre des préceptes de la religion juive? Et au-delà de l'institution, de l'Église, peut-on forcer de la sorte un individu sans s'ingérer dans sa propre liberté de religion et de conscience et en limiter le libre exercice à moins de sonder ses convictions profondes ou lui faire un procès d'intention? Nous ne le croyons pas.

Je ne vois aucun revirement ou assouplissement dans l'approche des tribunaux à l'égard de la sanction d'un engagement purement religieux. Qu'il s'agisse de forcer la comparution d'une partie devant les autorités rabbiniques ou d'ordonner le paiement d'une somme d'argent, le même principe est en cause : le pouvoir des tribunaux peut-il relever d'une norme purement religieuse? Je ne le crois pas. Dans l'affaire *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165, la Cour a réitéré le principe reconnu par le juge Crocket dans l'arrêt *Ukrainian Greek Orthodox Church*. Cet arrêt est fondé sur le fait que, pour les membres de l'association volontaire que constituait la colonie hutérite, le droit de rester sur les terres de la Lakeside Holding Co. constituait un droit contractuel (p. 174). À la différence du présent cas, cette affaire reposait sur un contrat validement formé entre les parties. Elle ne peut donc être invoquée pour soutenir que les tribunaux interviennent désormais dans les litiges religieux.

Ce principe de non-intervention dans les pratiques religieuses a d'ailleurs été l'une des plus importantes considérations menant à l'adoption de la norme subjective de la croyance sincère (*Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47). Il s'agit d'un principe important car il existe de multiples circonstances dans lesquelles les tribunaux pourraient être appelés à intervenir dans les conflits religieux. Le principe de non-intervention permet d'éviter que les tribunaux aient à trancher entre diverses normes religieuses ou entre les règles du droit laïques et les normes religieuses. En l'espèce, l'appelante n'a pas prétendu que ses droits civils étaient brimés par une norme civile émanant du droit positif. Seuls ses droits religieux sont en

religious rules. Thus, she is not asking to be compensated because she could not remarry as a result of a civil rule. It was a rule of her religion that prevented her from doing so. She is not asking to be compensated because any children she might have given birth to would not have had the same civil rights as "legitimate" children. In Canadian law and in Quebec law, all children are equal whether they are born of a marriage or not. The ground for the appellant's claim for compensation conflicts with gains that are dear to civil society. Allowing the appellant's claim places the courts in conflict with the laws they are responsible for enforcing.

It should be noted that the religious consequences of not having a *get* do not override secular law rules. Neither the *Divorce Act* nor the civil law has exclusionary rules like those related to *agunot* and *mamzerim*. Mosaic law — like canon law — has no influence on secular law. The reverse is also true: secular law has no effect in matters of religious law (*Ouellette v. Gingras*, [1972] C.A. 247; *Despatie*; *Curé et marguilliers de l'œuvre et fabrique de la paroisse de St-Zacharie v. Morin*, [1968] C.S. 615; *Mathys v. Demers*, [1968] C.S. 172; *Bergeron v. Proulx*, [1967] C.S. 579). Where religion is concerned, the state leaves it to individuals to make their own choices. It is not up to the state to promote a religious norm. This is left to religious authorities.

It has been argued that other countries sanction the conduct of a husband who fails to consent to a Jewish religious divorce. It will therefore be necessary to review, at least summarily, the general approach taken by foreign courts with respect to religion and the legal mechanisms used in those other countries to deal with *gets*.

2.2 *Comparative law*

The relationship between religious and secular rules varies a great deal from one country to another, which means that where the *get* is

cause, et c'est le fait de normes religieuses. Ainsi, l'appelante ne demande pas à être indemnisée parce qu'elle ne peut se remarier en raison d'une règle civile. C'est une règle de sa religion qui l'en empêche. Elle ne demande pas à être indemnisée parce que les enfants auxquels elle aurait peut-être donné naissance n'auraient pas eu les mêmes droits civils que les enfants « légitimes ». En droit canadien et en droit québécois, tous les enfants — qu'ils soient issus ou non d'un mariage — sont égaux. Le motif pour lequel l'appelante demande à être indemnisée se heurte à des acquis chers à la société civile. Accorder la demande de l'appelante met les tribunaux en contradiction avec les lois qu'ils sont chargés de faire respecter.

132 En effet, il convient de souligner que les conséquences religieuses de l'absence de *get* ne priment pas sur le droit laïque. Ni la *Loi sur le divorce* ni le droit civil n'ont de règles d'exclusion comme celles qui affectent l'*agunah* et les *mamzerim*. Le droit mosaïque — pas plus d'ailleurs que le droit canonique — n'exerce aucun ascendant sur le droit laïque. La réciproque est également vraie : le droit laïque n'a aucune autorité sur le droit religieux (*Ouellette c. Gingras*, [1972] C.A. 247; *Despatie*; *Curé et marguilliers de l'œuvre et fabrique de la paroisse de St-Zacharie c. Morin*, [1968] C.S. 615; *Mathys c. Demers*, [1968] C.S. 172; *Bergeron c. Proulx*, [1967] C.S. 579). L'État laisse à chacun le soin de s'autoréglementer en matière religieuse. Il ne revient pas à l'État de faire la promotion d'une norme religieuse. Cela est laissé aux autorités religieuses.

133 On plaide que d'autres pays sanctionnent la conduite du mari qui omet de consentir au divorce religieux juif. Il est donc nécessaire de vérifier, au moins sommairement, l'approche générale des tribunaux étrangers à l'égard de la religion et les mécanismes juridiques utilisés dans ces pays au sujet du *get*.

2.2 *Le droit comparé*

134 La relation entre les règles religieuses et les règles laïques varie beaucoup d'un pays à l'autre et cela se traduit, pour ce qui est du *get*, par des

concerned, the solutions adopted are not uniform. In my opinion, there are four countries whose approaches are relevant to the situation in Quebec and in Canada. France comes immediately to mind, since Quebec civil law has been strongly influenced by French law; it is therefore worth looking at the French approach to *gets* as well as at commentary on the decisions of the Court of Cassation. I will also look at the situation in England. Quebec inherited English public law at the time of the Conquest, and English cases are of definite interest. Next, I will summarily review a few decisions from the United States, since our countries have similar realities and several of this Court's decisions have been based on solutions developed by U.S. courts. I will then briefly examine the situation in Israel, since it seems difficult to talk about the Jewish religion without at least referring to the rules that are applied in that country.

solutions qui ne sont pas uniformes. Quatre pays offrent, à mon avis, des éléments de réflexion pertinents quant à la situation du Québec et du Canada. La France vient immédiatement à l'esprit, puisque le droit civil québécois a été fortement influencé par le droit français; il est donc intéressant d'examiner l'approche française en relation avec le *get* ainsi que les commentaires que suscitent les arrêts de la Cour de cassation. Je me pencherai aussi sur la situation en Angleterre. Lors de la Conquête, le Québec a hérité du droit public de ce pays, et les arrêts anglais présentent un intérêt certain. Je ferai aussi une revue sommaire de quelques décisions rendues aux États-Unis, étant donné que nos pays partagent des réalités proches et que plusieurs des arrêts de notre Cour se sont, dans le passé, appuyés sur les solutions jurisprudentielles états-uniennes. J'examinerai ensuite brièvement la situation en Israël, parce qu'il me semble difficile de parler de la religion juive sans, à tout le moins, évoquer le régime en vigueur dans cet État.

2.2.1 France

2.2.1 La France

135 Despite the secular ideals on which the French Revolution was based, France did not formally incorporate the principle of the separation of the state and religious institutions into its legislation until the early 20th century with the December 9, 1905 law on the separation of church and state (published in the *Journal officiel* on December 11, 1905). That law established the principle of freedom of religion and worship for individuals and communities; the state relinquished its power over religious institutions, and religious institutions could no longer intervene in the functioning of state institutions.

Malgré les idéaux laïques servant de fondement à la révolution française, la France n'a formellement intégré le principe de la séparation entre l'État et les institutions religieuses dans sa législation qu'au début du XX^e^ siècle, avec la Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État (publiée au *Journal officiel* du 11 décembre 1905). Cette loi pose le principe de la liberté de religion et de culte des personnes et des communautés; l'État relâche son emprise sur les institutions religieuses, et celles-ci ne peuvent plus intervenir dans le fonctionnement des institutions étatiques.

136 The earliest cases recognizing the right to compensation for refusal to consent to a *get* were based on the theory of an abuse of rights resulting from malicious intent on the husband's part (L. de Naurois, obs. under Trib. civ. Metz, April 27, 1955, Trib. civ. Grenoble, May 7, 1958, Paris 1^re^, February 4, 1959, J.C.P. 1960.II.11632; Civ. 2^e^, December 13, 1972, D. 1973.493). The Court of Cassation subsequently stated that for the husband, a *get* is merely an option that is a matter for his freedom

Les tout premiers arrêts reconnaissant le droit à une indemnisation à la suite du refus de consentir au *get* sont fondés sur la doctrine de l'abus de droit résultant d'une intention malicieuse du mari (L. de Naurois, obs. sous Trib. civ. Metz, 27 avril 1955, Trib. civ. Grenoble, 7 mai 1958, Paris 1^re^, 4 février 1959, J.C.P. 1960.II.11632; Civ. 2^e^, 13 décembre 1972, D. 1973.493). Subséquemment, la Cour de cassation énonce que le *get* constitue pour le mari une simple faculté relevant de sa liberté de

of conscience and in respect of which an improper decision can give rise only to damages; however, the court noted the malicious purpose behind the husband's actions (Civ. 2e, April 21, 1982, *Bull. civ.* II, No. 62). Intent to harm was no longer found to be a requirement in two subsequent cases, though (Civ. 2e, June 5, 1985, J.C.P. 1987.II.20728, and Civ. 2e, June 15, 1988, *Bull. civ.* II, No. 146). Finally, in a later decision, the court reiterated that, for the husband, giving a *get* is merely an option that is a matter for his conscience and in respect of which an improper decision can give rise only to damages (Civ. 2e, November 21, 1990, D. 1991.434).

The developments in French law have not been immune to criticism. Some have said that it is not true that giving a *get* is merely an option. These critics maintain that improper conduct on the husband's part constitutes delictual fault and that there is no reason why a court should not order the husband to grant the *get*, or even that it would be "hypocritical" to deny a penalty (*astreinte*) and that awarding damages to the aggrieved spouse basically amounts to giving effect to religious law: É. Agostini, obs. under Civ. 2e, November 21, 1990, D. 1991.434; É. Agostini, obs. under Civ. 2e, June 5, 1985, J.C.P. 1987.II.20728; C. Larroumet, Annot. under Civ. 2e, December 13, 1972, D. 973.493. Others have said that denying the religious nature of the *get* amounts to disregarding the text that requires one to be granted, that assessing cases in which a *get* must be issued is beyond the jurisdiction of the secular courts and that it must be asked whether the obligation is not a purely personal one tied to the performance of a religious act: P. Barbier, "Le problème du 'Gueth'", *Gaz. Pal.* 1987.484.

Thus, although in French law the right to compensation is not based on contract, the conceptual basis of and prerequisites for the remedy are far from clear. In short, some believe that the court has not gone far enough, while others believe it has gone too far; regardless of which position is taken, however, what is involved is not merely the imposition of an objective sanction relating to the time taken to consent to the *get*. The legal basis for the action in damages is sometimes fault, and

conscience et dont l'abus ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts; la cour note toutefois le but malicieux des gestes du mari (Civ. 2e, 21 avril 1982, *Bull. civ.* II, no 62). L'intention de nuire n'est cependant plus retenue comme condition dans deux arrêts ultérieurs (Civ. 2e, 5 juin 1985, J.C.P. 1987.II.20728, et Civ. 2e, 15 juin 1988, *Bull. civ.* II, no 146). Enfin, dans un arrêt plus récent, la cour réitère que la délivrance du *get* constitue pour le mari une simple faculté relevant de sa conscience et dont l'abus ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts (Civ. 2e, 21 novembre 1990, D. 1991.434).

137 L'évolution du droit français ne se fait pas sans provoquer des critiques. D'une part, certains affirment qu'il est inexact d'énoncer que la délivrance du *get* est une simple faculté, et soutiennent que l'écart de conduite du mari est constitutif de faute délictuelle, que rien ne s'oppose à ce qu'un tribunal ordonne au mari de délivrer le *get* ou même qu'il serait « hypocrite » de refuser l'astreinte et que le fait d'accorder des dommages-intérêts à l'époux lésé revient essentiellement à donner effet à la loi religieuse : É. Agostini, obs. sous Civ. 2e, 21 novembre 1990, D. 1991.434; É. Agostini, obs. sous Civ. 2e, 5 juin 1985, J.C.P. 1987.II.20728; C. Larroumet, note sous Civ. 2e, 13 décembre 1972, D. 1973.493. D'autre part, on avance que nier le caractère religieux du *get* équivaut à faire abstraction du texte qui le dicte, que l'appréciation des cas où le *get* doit être délivré échappe à la compétence des tribunaux laïques et qu'il faut se demander s'il ne s'agit pas d'une obligation purement personnelle liée à l'accomplissement d'un acte religieux : P. Barbier, « Le problème du "Gueth" », *Gaz. Pal.* 1987.484.

138 On constate donc que si, en France, le droit à l'indemnité n'est pas fondé sur le contrat, la base conceptuelle et les conditions d'ouverture du recours sont loin d'être claires. En somme, pour les uns, la cour ne va pas assez loin et pour les autres elle va trop loin; quelle que soit cependant la position, il ne s'agit pas simplement de sanctionner objectivement le délai mis à consentir au *get*. Le fondement juridique du recours en dommages-intérêts est tantôt la faute, tantôt l'abus de droit : G. Atlan, *Les Juifs et*

sometimes abuse of rights: G. Atlan, *Les Juifs et le divorce: Droit, histoire et sociologie du divorce religieux* (2002), at p. 231.

2.2.2 England

139 In England, the main source of protection for freedom of religion is art. 9 of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221. Religious debates in England often concern interference with or restrictions on the practice of religion or on religious expression. The threshold for interference with the freedom of religious practice is quite high. Thus, in a recent House of Lords case, *R. (S.B.) v. Governors of Denbigh High School*, [2007] 1 A.C. 100, [2006] UKHL 15, Lord Bingham noted that "there remains a coherent and remarkably consistent body of authority [from the Strasbourg institutions] which our domestic courts must take into account and which shows that interference is not easily established" (para. 24). In his view, the educational institution's decision to exclude a student who insisted on wearing the *jilbab* had to be upheld. Lord Bingham found that the dress code was very clear and that it was open to the complainant to attend another school. In his opinion, there was no interference with the freedom of religious practice in the case. He added that, even if there had been interference, it would have been justified under art. 9(2) of the *European Convention on Human Rights*. In this regard, he observed that the dress code had been developed in co-operation with and been approved by several institutions in Muslim communities.

140 A husband's failure to consent to a *get* does not seem to lead to sanctions other than those available in family law. Rather, it gives rise to an assessment of its impact on the wife's financial independence. In *Brett v. Brett*, [1969] 1 All E.R. 1007, the Court of Appeal considered a Jewish wife's application for support against her husband, who was disinclined to give her a *get*. In deciding on the amount of support the husband would have to pay the wife, the court stated that he could pay less support if

le divorce : Droit, histoire et sociologie du divorce religieux (2002), p. 231.

2.2.2 L'Angleterre

En Angleterre, la principale source de protection de la liberté de religion est l'art. 9 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221. Dans cette juridiction, les débats sur la religion portent souvent sur les entraves ou les restrictions pouvant être imposées à l'égard de la pratique ou de la manifestation de la religion. Le seuil à partir duquel il y a entrave à la liberté de pratique religieuse est plutôt élevé. Ainsi, dans l'affaire récente de la Chambre des lords, *R. (S.B.) c. Governors of Denbigh High School*, [2007] 1 A.C. 100, [2006] UKHL 15, lord Bingham souligne qu'il [TRADUCTION] « existe toujours une jurisprudence cohérente et remarquablement constante [dans les institutions de Strasbourg] dont nos tribunaux nationaux doivent tenir compte et qui montre que l'existence d'une atteinte n'est pas facilement établie » (par. 24). Il s'est dit d'avis de confirmer la décision de l'établissement d'enseignement lequel avait exclu une étudiante qui insistait pour porter le *jilbab*. Lord Bingham a estimé que le code vestimentaire était très explicite et que la plaignante pouvait fréquenter une autre école. Il n'y avait pas, selon lui, entrave à la liberté de pratique religieuse dans l'affaire en question. Il a aussi ajouté que, même s'il y avait eu entrave, elle aurait été justifiée au regard du par. 9(2) de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Lord Bingham a souligné à cet égard que le code vestimentaire avait été élaboré en collaboration et avec l'approbation de plusieurs institutions des communautés musulmanes.

L'omission du mari de consentir au *get* ne semble pas faire l'objet de sanction distincte de celles reconnues par le droit de la famille. Elle donne plutôt lieu à une évaluation de ses conséquences sur l'autonomie financière de l'épouse. Dans *Brett c. Brett*, [1969] 1 All E.R. 1007, la Cour d'appel a eu à se pencher sur la demande de pension d'une épouse juive contre son époux, lequel se montrait peu enclin à lui accorder un *get*. En décidant du montant de la pension alimentaire que l'époux devait

he gave her a *get* within three months. The following comment on this point by Professor Adrienne Barnett should be noted, however: "Although the ruling in *Brett v. Brett* was acceptable to the rabbinical authorities in 1969, they no longer accept it, and regard it as a coerced get": "Getting a 'Get' — The Limits of Law's Authority?" (2000), 8 *Fem. Legal Stud.* 241, at p. 252.

The English approach seems to me to be consistent with our family law. If one spouse becomes dependent because of the other spouse's conduct, the court can have regard to all the circumstances, including that state of dependence, and award support based on the parties' resources and needs: *Leskun v. Leskun*, [2006] 1 S.C.R. 920, 2006 SCC 25, at paras. 20-21.

2.2.3 United States

In the United States, freedom of religion is protected by the First Amendment to the Constitution: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof". The First Amendment has two components: the first prohibits the promotion of a religion, while the second grants every individual the free exercise of freedom of belief and conscience. In the United States, the courts may not interpret religious laws or interfere with the practice of religion: *Serbian Eastern Orthodox Diocese for the United States of America and Canada v. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976).

Courts in the state of New York have decided cases relating to the *get*. Since that state has a large Orthodox Jewish community, the situation of the *agunah* seems to be a serious social problem: K. Greenawalt, "Religious Law and Civil Law: Using Secular Law to Assure Observance of Practices with Religious Significance" (1998), 71 *S. Cal. L. Rev.* 781, at p. 812. In New York, there

payer à l'épouse, le tribunal déclara que l'époux pourrait payer une pension réduite s'il accordait le *get* à son épouse dans un délai de trois mois. Je tiens toutefois à reproduire les propos suivants de la professeure Adrienne Barnett, à cet égard : [TRADUCTION] « Bien que la décision dans l'affaire *Brett c. Brett* ait été jugée acceptable par les autorités rabbiniques en 1969, elles ne l'acceptent plus et considèrent qu'il s'agit alors d'un *get* obtenu sous la contrainte » : « Getting a "Get" — The Limits of Law's Authority? » (2000), 8 *Fem. Legal Stud.* 241, p. 252.

141 L'approche anglaise me paraît compatible avec notre droit de la famille. Si un époux est placé dans un état de dépendance en raison de la conduite de l'autre époux, le tribunal peut tenir compte de l'ensemble des circonstances, y compris cet état de dépendance, et attribuer une pension alimentaire en fonction des ressources et des besoins des parties : *Leskun c. Leskun*, [2006] 1 R.C.S. 920, 2006 CSC 25, par. 20-21.

2.2.3 Les États-Unis

142 Aux États-Unis, la liberté de religion est protégée par le Premier amendement à la Constitution : [TRADUCTION] « Le Congrès ne pourra faire aucune loi concernant l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice ». Cet amendement comporte deux volets : le premier prohibe la promotion d'une religion; le deuxième permet à tout individu d'exercer librement sa liberté de croyance et sa liberté d'agir selon sa conscience. Aux États-Unis, les tribunaux ne peuvent interpréter les lois religieuses ni s'ingérer dans l'exercice de la religion : *Serbian Eastern Orthodox Diocese for the United States of America and Canada c. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976).

143 Les tribunaux de l'État de New York ont été saisis d'affaires concernant le *get*. Comme cet État compte une imposante communauté juive orthodoxe, le problème social de l'*agunah* semble important : K. Greenawalt, « Religious Law and Civil Law : Using Secular Law to Assure Observance of Practices with Religious Significance » (1998), 71 *S. Cal. L. Rev.* 781, p. 812. Plusieurs dispositions

are a number of legislative provisions that apply specifically to the *get*. For example, s. 253 of the *Domestic Relations Law* (Consol. 1990) requires a party who commences divorce proceedings to certify that there are no barriers to remarriage. Since 1993, judges can also take account of any barriers to remarriage when dividing up assets and determining support. At the time of the 1993 amendments, the Governor of New York stated that "[t]his bill was overwhelmingly adopted by the state legislature because it deals with a tragically unfair condition that is almost universally acknowledged": B. Benjamin, "Judaism and the Laws of Divorce", [2001] *UCL Jurisprudence Rev.* 177, at p. 188.

144 The New York courts have drawn on the principles underlying those provisions to invoke equity and prevent husbands from using the *get* to force their wives to give them advantages. Thus, in *Schwartz v. Schwartz*, 583 N.Y.S.2d 716 (1992), the Supreme Court applied the "clean hands" doctrine to deny a husband an equal division of property on the basis that his refusal to grant a *get* was unacceptable (see Greenawalt).

145 In *Giahn v. Giahn*, April 13, 2000 (cited in Benjamin, at p. 188), the New York Supreme Court penalized a husband's use of the *get* to force his wife to make concessions. The court relied on *Schwartz* to hold that the husband's refusal to grant a *get* was unacceptable. To compensate for that abuse, all the assets of the marriage were awarded to the wife.

146 A New York court has also enforced a separation agreement and the Jewish marriage contract (*ketubah*) in the same way as it would have done in the case of a secular marriage contract. In *Avitzur v. Avitzur*, 459 N.Y.S.2d 572 (1983), the court enforced the spouses' agreements to appear before the *beth din*. In interpreting the *ketubah* signed by the parties, the New York Court of Appeals noted that the

législatives régissent spécifiquement le *get* dans cet État. Par exemple, l'art. 253 de la *Domestic Relations Law* (Consol. 1990) prévoit qu'une partie qui intente des procédures en divorce doit certifier qu'il n'existe pas d'empêchement au remariage. Depuis 1993, le juge peut aussi tenir compte de toute barrière au remariage lors du partage des actifs et de la fixation de la pension alimentaire. Le gouverneur de l'État de New York avait d'ailleurs déclaré, lors des modifications de 1993, que [TRADUCTION] « [c]e projet de loi a été adopté à une majorité écrasante par l'assemblée législative, parce qu'il s'attaque à une situation terriblement injuste, presque universellement reconnue comme telle » : B. Benjamin, « Judaism and the Laws of Divorce », [2001] *UCL Jurisprudence Rev.* 177, p. 188.

Les tribunaux new-yorkais s'inspirent des principes sous-jacents à ces dispositions pour invoquer l'équité et prévenir l'utilisation du *get* par le mari comme moyen de contraindre son épouse à lui accorder des avantages. Dans *Schwartz c. Schwartz*, 583 N.Y.S.2d 716 (1992), la Cour suprême a ainsi appliqué la théorie du « plaideur irréprochable » (« *clean hands* ») pour refuser à un époux le partage égal des biens, parce que le refus de ce dernier d'accorder le *get* était inacceptable (voir Greenawalt).

Dans *Giahn c. Giahn*, 13 avril 2000 (citée dans Benjamin, p. 188), la Cour suprême de l'État de New York a réprimé l'utilisation du *get* pour contraindre une femme à accorder des concessions. La cour s'est fondée sur la décision rendue dans l'affaire *Schwartz* pour décider que le refus de l'époux d'accorder le *get* en l'espèce était inacceptable. Pour compenser cet abus, tous les biens du mariage ont été attribués à l'épouse.

Un tribunal de l'État de New York a aussi reconnu force exécutoire à une entente de séparation et au contrat de mariage juif (*ketubbah*) tout comme il l'aurait fait pour un contrat de mariage séculier. Dans *Avitzur c. Avitzur*, 459 N.Y.S.2d 572 (1983), le tribunal a fait respecter l'engagement des époux à comparaître devant le *beth din*. Dans ses motifs, interprétant la *ketubbah* signée par les

case "can be decided solely upon the application of neutral principles of contract law, without reference to any religious principle" (pp. 574-75). The approach taken by this court is based on the fact that the decision to grant a *get* is not a religious act. According to the court, granting a *get* is a secular act, since "the provisions of the Ketubah relied upon by plaintiff constitute nothing more than an agreement to refer the matter of a religious divorce to a nonjudicial forum" (*Avitzur*, at p. 574).

parties, la Cour d'appel de New York a souligné que la cause [TRADUCTION] « peut être tranchée en appliquant uniquement les principes neutres du droit des contrats, sans se référer à aucun principe religieux » (p. 574-575). L'approche de ce tribunal repose sur le fait que la décision d'accorder le *get* n'est pas un acte religieux. Selon ce tribunal, l'acte d'accorder le *get* revêt un caractère séculier, puisque [TRADUCTION] « les dispositions de la *ketoubbah* invoquées par la demanderesse ne constituent rien de plus qu'une entente prévoyant le renvoi d'une affaire de divorce religieux devant un forum non judiciaire » (*Avitzur*, p. 574).

In a more recent New Jersey case, *Segal v. Segal*, 650 A.2d 996 (1994), the Superior Court invalidated a separation agreement signed by both parties, because the wife had signed it under the threat of not being given a *get*. 147

Dans une affaire plus récente au New Jersey, *Segal c. Segal*, 650 A.2d 996 (1994), la Cour supérieure a invalidé une entente de séparation signée par les deux parties parce que l'épouse l'avait signée sous la menace de ne pas se voir accorder le *get*.

The approach of the New York courts cannot be adopted in Canada without qualification. First of all, that state's legislative provisions go further than s. 21.1 of our *Divorce Act*, which only authorizes striking out the pleadings of a spouse who has failed to remove a barrier to religious remarriage. As well, the parties in the case at bar agreed not to use s. 21.1 in relation to the issue of the justiciability of the claim. It seems to me that to use the New York case law would have the effect of reintroducing an argument the parties have agreed not to use for this purpose. Moreover, the New York legislative provisions are recognized, on the basis of rules that are broader in scope than ours, as having a broad equitable nature, and this characteristic cannot be imported into Canada. More specifically, our divorce legislation has since 1985 excluded the concept of misconduct from the assessment of the spouses' resources and needs for the purposes of support, which means that the clean hands doctrine cannot be invoked. In addition, the cases in which undertakings to appear before a rabbinical court have been enforced seem to have been based on the premise accepted in *Avitzur*, namely that a *get* is a secular act. The evidence in the record in the instant case indicates the contrary. In cases involving decisions based on lack of informed consent or 148

L'approche des tribunaux new-yorkais ne saurait être adoptée au Canada sans nuance. D'abord, les dispositions législatives de cet État vont plus loin que ne le fait l'art. 21.1 de notre *Loi sur le divorce*, lequel autorise uniquement le rejet des actes de procédures de l'époux qui a fait défaut de supprimer un obstacle au remariage religieux. Ensuite, en l'espèce, les parties se sont entendues pour ne pas utiliser l'art. 21.1 dans le contexte de la question de la compétence des tribunaux pour entendre le litige. Il me semble que l'utilisation de la jurisprudence de l'État de New York aurait pour effet de réintroduire dans le débat un argument que les parties ont convenu de ne pas utiliser à cette fin. De plus, le large caractère équitable reconnu aux dispositions législatives de l'État de New York, sur la base de règles de portée plus étendue que les nôtres, ne peut être transposé au Canada. Plus spécifiquement, notre loi sur le divorce a écarté depuis 1985 la notion de faute dans l'appréciation des ressources et des besoins des époux dans le contexte de la contribution alimentaire. La théorie du plaideur irréprochable ne saurait donc être invoquée. Au surplus, les arrêts qui donnent force exécutoire à un engagement de se présenter devant le tribunal rabbinique semblent fondés sur la prémisse qui a été retenue dans *Avitzur* et suivant laquelle le *get*

on the dependence of one party, however, a parallel can be drawn with Canadian law.

2.2.4 Israel

149 The case of Israel is unique because of the fundamental role played by the Jewish religion in that country. Freedom of conscience, faith, religion and worship is guaranteed to every individual in Israel: H.C. 292/83, *Temple Mount Faithful v. Jerusalem District Police Commander*, 38(2) P.D. 449. In addition, the *Foundations of Law Act, 1980*, 5740-1980, 34 L.S.I. 181 (1979-80), explicitly authorizes the courts to use Jewish religious law to fill in gaps in legislation:

> Where the court, faced with a legal question requiring decision, finds no answer to it in statute law or case-law or by analogy, it shall decide it in the light of the principles of freedom, justice, equity and peace of Israel's heritage.

In the context of that statute, the word "Israel" refers to Judaism and the Jewish people: R. Lapidoth, "Freedom of Religion and of Conscience in Israel" (1998), 47 *Cath. U. L. Rev.* 441, at p. 444. The courts can also determine the limits of the Jewish religion itself. For example, in Cr. A. 112/50, *Yosifof v. Attorney-General*, 5 P.D. 481, the court held that a legal prohibition on the practice of bigamy did not infringe the freedom of religion of a Jewish man who was a member of a particular community, because that practice was not mandatory according to the Jewish religion.

150 In Israel, the rules of family law are different from those of other jurisdictions. Although their decisions are subject to review by the Israeli High Court of Justice, the rabbinical courts have exclusive jurisdiction over marriage and divorce cases: P. Shifman, "Family Law in Israel: The Struggle Between Religious and Secular Law" (1990), 24 *Isr. L. Rev.* 537, at p. 543.

151 The rabbinical courts are often reluctant to order a husband to grant his wife a *get*. Some of them say

est un acte laïque. La preuve au dossier dans la présente affaire est à l'effet contraire. Par ailleurs, dans les cas où la décision est fondée sur l'absence de consentement éclairé ou sur l'état de dépendance d'une partie, un rapprochement avec le droit canadien est possible.

2.2.4 Israël

Le cas de l'Israël est unique en raison du rôle fondamental que joue la religion juive dans cet État. La liberté de conscience, de croyance, de religion, et de culte est garantie à chaque individu en Israël : H.C. 292/83, *Temple Mount Faithful c. Jerusalem District Police Commander*, 38(2) P.D. 449. De plus, la *Foundations of Law Act, 1980*, 5740-1980, 34 L.S.I. 181 (1979-80), permet explicitement aux tribunaux d'utiliser le droit religieux juif pour pallier les lacunes dans les textes de loi :

> [TRADUCTION] Lorsque le tribunal saisi d'une question de droit ne trouve aucune réponse à celle-ci soit dans les lois ou la jurisprudence, soit par analogie, il doit la trancher au regard des principes de liberté, de justice, d'équité et de paix dont a hérité Israël.

Dans le contexte de cette loi, le mot « Israël » s'entend du judaïsme et du peuple juif : R. Lapidoth, « Freedom of Religion and of Conscience in Israel » (1998), 47 *Cath. U. L. Rev.* 441, p. 444. Les tribunaux peuvent aussi déterminer les limites de la religion juive elle-même. Ainsi, dans Cr. A. 112/50, *Yosifof c. Attorney-General*, 5 P.D. 481, le tribunal a jugé que l'interdiction juridique de la pratique de la bigamie n'enfreignait pas la liberté de religion d'un homme juif membre d'une communauté particulière, puisque cette pratique n'était pas obligatoire aux termes de la religion juive.

Le domaine du droit de la famille est particulier en Israël. Bien que leurs décisions soient assujetties au pouvoir de révision de la Haute Cour de justice israélienne, les tribunaux rabbiniques ont compétence exclusive sur les affaires de mariage et de divorce : P. Shifman, « Family Law in Israel : The Struggle Between Religious and Secular Law » (1990), 24 *Isr. L. Rev.* 537, p. 543.

Les tribunaux rabbiniques hésitent souvent à ordonner à un époux d'accorder un *get* à son épouse.

they are powerless to force a husband to give a *get* even where he has clearly transgressed Jewish law: H. L. Capell, "After the Glass Has Shattered: A Comparative Analysis of Orthodox Jewish Divorce in the United States and Israel" (1998), 33 *Tex. Int'l L.J.* 331, at p. 342.

However, in a more recent case, *Jane Doe v. John Doe*, a family court (Jerusalem, No. 19270/03, December 21, 2004) accepted that a wife aggrieved by her husband's failure to consent to a *get* could receive financial compensation.

In my opinion, the close relationship between religion, civil society and the courts' jurisdiction over religious matters clearly distinguishes Israel from Canada. As a result of that jurisdiction, the solutions adopted in Israel cannot be imported into Canada without taking account of Canadian legislation and the Canadian context.

2.2.5 Conclusion on Comparative Law

It can be seen from this overview of the solutions adopted in the four countries in question that some of these solutions are already available to Quebec and Canadian litigants. Others are not, however, because the rules are different in Canada. For example, the French solution based on fault or abuse of rights is not precluded but, first, this is not what the appellant's action is based on and, second, the conditions for application of the doctrine of abuse of rights are not necessarily the same in Quebec as in France. In my opinion, it is impossible in the circumstances of the case at bar to draw any inspiration from the situation in France. As for the solution adopted in England in *Brett*, although it is compatible with our law, it is not applicable in the instant case because the appellant claims to have suffered moral injury and not to have been placed in a situation of financial dependence. The U.S. cases in which the wife's dependence was taken into account may also be helpful, but those based on a punitive objective must be disregarded. The situation in Israel is unique, but it is relevant simply in that it shows that, even in a context in

Plusieurs se disent impuissants à contraindre l'attribution du *get*, même dans une situation où l'époux a clairement enfreint la loi juive : H. L. Capell, « After the Glass Has Shattered : A Comparative Analysis of Orthodox Jewish Divorce in the United States and Israel » (1998), 33 *Tex. Int'l L.J.* 331, p. 342.

152 Cependant, dans une affaire plus récente, *Jane Doe c. John Doe*, un tribunal de la famille (Jérusalem, nº 19270/03, 21 décembre 2004), a admis qu'une épouse lésée par le défaut du mari de consentir au *get* pouvait recevoir une compensation pécuniaire.

153 Il me paraît clair que les liens étroits entre la religion, la société civile et la compétence des tribunaux sur les affaires religieuses distinguent clairement l'État d'Israël du Canada. Du fait de cette compétence, les solutions adoptées dans ce pays ne peuvent pas être importées au Canada sans tenir compte des lois et du contexte canadiens.

2.2.5 Conclusion sur le droit comparé

154 Le survol des solutions retenues dans les quatre pays examinés permet de mettre en relief que certaines d'entre elles sont déjà ouvertes aux justiciables québécois et canadiens. Plusieurs autres, par contre, se heurtent à l'existence de règles différentes au Canada. Ainsi, la solution française fondée sur la faute ou l'abus de droit n'est pas écartée, mais, d'une part, tel n'est pas le fondement du recours de l'appelante et d'autre part, les conditions d'application de la doctrine de l'abus de droit au Québec ne sont pas nécessairement les mêmes qu'en France. Il me paraît impossible dans les circonstances de la présente affaire de trouver quelque inspiration dans le modèle français. Par ailleurs, bien que compatible avec notre droit, la solution adoptée en Angleterre dans l'affaire *Brett* n'est pas applicable en l'espèce, puisque l'appelante dit avoir subi des dommages moraux et non avoir été placée dans une situation de dépendance pécuniaire. Les décisions américaines qui tiennent compte de l'état de dépendance de la femme peuvent elles aussi être utiles, mais il faut écarter celles qui reposent sur un objectif punitif. Par ailleurs, le cas d'Israël est unique,

which a close interrelationship exists between the state and religion, the possibility of a civil court awarding financial compensation for failure to consent to a *get* has been recognized in only one decision.

155 This review leads me to conclude that, in the countries whose law is most similar to ours, the *get* issue is governed by internal private law rules. The solutions that have been adopted are quite varied. The decisions of each country's courts are based on mechanisms proper to that country. They establish no principle of public law that is so persuasive that Canadian courts should alter their approach. The Canadian solutions discussed above are both sensible and sufficient.

156 This being said, the appellant's claim is based on contract law. Furthermore, it was on the basis of contract law that the case was decided both at trial and on appeal. This question must now be considered.

2.3 *Private law: the contractual claim*

157 The clause in issue is found in a corollary relief agreement incorporated into a decree that orders the parties to comply with their undertakings. Orders concerning relief corollary to divorce and the separation of the parties' property are governed by the *Divorce Act* and, in Quebec, by the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("*Civil Code*" or "C.C.Q."). Before considering the rules governing contracts in Quebec civil law, I will examine the general nature of corollary relief agreements.

2.3.1 Corollary Relief Agreements

158 Under ss. 15.1 and 15.2 of the *Divorce Act*, a court of competent jurisdiction — the Superior Court in the case at bar — may make an order requiring one spouse to pay for the support of the other spouse or of the children of the marriage. Section 16 of the *Divorce Act* authorizes the court to make an order respecting custody of or access

mais il est pertinent simplement en ce qu'il révèle que, même dans un contexte d'inter-relation étroite de l'État avec la religion, une seule décision reconnaît la possibilité pour les tribunaux civils d'accorder une compensation pécuniaire en cas de défaut de consentir au *get*.

Après examen, je conclus que, dans les pays dont le droit se rapproche le plus du nôtre, le problème du *get* relève des règles internes de droit privé. Les solutions sont très variées. Les décisions étrangères reposent sur les mécanismes propres à chaque pays. On n'y retrouve pas un principe de droit public qui aurait une force persuasive telle que les tribunaux canadiens devraient modifier leur approche. Les solutions canadiennes mentionnées précédemment sont prudentes et suffisantes.

Ceci dit, l'appelante a fondé sa demande sur le droit des contrats. C'est d'ailleurs sous cet angle que l'affaire a été jugée, tant en première instance qu'en appel. Il reste maintenant à examiner cette question.

2.3 *Le droit privé : le recours contractuel*

La clause en litige figure dans une entente sur les mesures accessoires incorporée à un jugement qui ordonne aux parties de se conformer à leurs engagements. Les ordonnances concernant les mesures accessoires au divorce et à la séparation des biens des parties sont régies par la *Loi sur le divorce* et, au Québec, par le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *Code civil* » ou « C.c.Q. »). Avant de se pencher sur les règles régissant les contrats en droit civil québécois, il convient d'examiner la nature des ententes sur les mesures accessoires en général.

2.3.1 Les ententes sur les mesures accessoires

En vertu des art. 15.1 et 15.2 de la *Loi sur le divorce*, le tribunal compétent — en l'occurrence la Cour supérieure — peut rendre une ordonnance enjoignant à un époux de verser une prestation pour les aliments de l'autre époux ou des enfants à charge. L'article 16 de la *Loi sur le divorce* autorise quant à lui le tribunal à rendre une ordonnance

to the children. As well, under Quebec family law, when a couple separates or divorces, the court partitions the rights resulting from the family patrimony, awards a compensatory allowance if appropriate and sorts out the rights resulting from the matrimonial regime and the marriage contract. The court's task is facilitated when the parties enter into an agreement setting out the terms on which they agree. Before making its order, the court ensures that the parties' undertakings are consistent with the principles of the *Divorce Act* and Quebec family law. It may happen that the parties incorporate into a corollary relief agreement undertakings that are not related to their family obligations under the *Divorce Act* or Quebec family law. In such a case, the undertakings are not, strictly speaking, relief corollary to divorce and separation.

relative à la garde des enfants ou à l'accès auprès de ceux-ci. De plus, en vertu du droit de la famille québécois, lors de la séparation ou du divorce, le tribunal partage les droits résultant du patrimoine familial, attribue, s'il y a lieu, une prestation compensatoire et règle les droits résultant du régime matrimonial et du contrat de mariage. La tâche du tribunal peut être facilitée par la préparation d'une entente faisant état des modalités dont conviennent les parties. Avant de prononcer son ordonnance, le tribunal s'assure de la conformité des engagements des parties aux principes de la *Loi sur le divorce* et du droit de la famille québécois. Il peut arriver que les parties incorporent à une entente sur les mesures accessoires des engagements qui ne sont pas liés à leurs obligations familiales découlant de la *Loi sur le divorce* ou du droit de la famille québécois. Dans de tels cas, ces engagements ne sont pas, à proprement parler, des mesures accessoires au divorce et à la séparation.

Where relief corollary to divorce or separation is incorporated into an order of the Superior Court, the creditor of such an obligation has no other formalities to observe before being able to enforce the obligation. In other words, a separate action is not necessary to enforce a support agreement that is incorporated into a Superior Court judgment in which the debtor is ordered to comply with his or her undertaking. As well, a debtor who fails to comply with a non-pecuniary undertaking under the *Divorce Act* or Quebec family law may be cited for contempt of court.

159 Lorsqu'une mesure accessoire au divorce ou à la séparation est incorporée dans une ordonnance prononcée par la Cour supérieure, la partie créancière d'une telle obligation n'est tenue à aucune autre formalité avant de pouvoir en demander l'exécution forcée. En d'autres mots, aucune action distincte n'est requise pour obtenir l'exécution d'une entente sur une prestation alimentaire incorporée dans un jugement de la Cour supérieure qui ordonne au débiteur de se conformer à son engagement. De même, le débiteur qui ne se conforme pas à un engagement non pécuniaire qui découle de la *Loi sur le divorce* ou du droit de la famille québécois s'expose à une condamnation pour outrage au tribunal.

Furthermore, bringing a separate action to sanction non-compliance with an order concerning relief corollary to a divorce is prohibited. Thus, a custodial parent's violation of an undertaking to facilitate access by the non-custodial parent cannot give rise to an action in damages. In *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, the father claimed damages, alleging that he had been forced to incur considerable expense and had suffered emotional distress because the mother and her new spouse had interfered with the relationship he wanted to have

160 D'ailleurs, il est prohibé d'intenter une action distincte pour faire sanctionner le non-respect d'une mesure accessoire au divorce qui fait l'objet d'une ordonnance. Ainsi, la contravention par le parent gardien à son engagement à faciliter les visites du parent non gardien ne peut donner lieu à une action en dommages-intérêts. Dans l'arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, le père réclamait des dommages-intérêts, alléguant avoir dû supporter des frais considérables et avoir souffert de problèmes émotionnels en raison des entraves créées par

with his children. Among other things, the mother had changed the children's surname and their religion and had denied that her former husband was their father. The Court nonetheless held that, for rights arising under the *Divorce Act* and under provincial legislation governing the consequences of separation and divorce, remedies are limited to the schemes adopted by Parliament and the provincial legislatures (p. 112). If clause 12 were considered relief corollary to the divorce, neither party could rely on it to bring a separate action in the civil courts.

161 However, the undertaking to appear before the rabbinical authorities is unrelated to the rights and obligations arising under the *Divorce Act* or the *Civil Code*. The incorporation of this undertaking into the corollary relief agreement does not have the effect of making it a right or obligation provided for in the *Divorce Act* or the *Civil Code*, nor does the undertaking, as a result of this incorporation alone, constitute relief corollary to the divorce. If clause 12 can serve as the basis for a separate action, that action cannot be based on the fact that the clause is incorporated into the corollary relief agreement. It must be regarded as an autonomous clause. To form the basis of a separate civil action, the clause must satisfy the requirements of the civil law. Since the case originates in the province of Quebec, the applicable law is the law of contracts in the civil law, not at common law.

2.3.2 Conditions of Contract Formation

162 In 1989, when the action in damages was instituted, Quebec civil law was governed by the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C."). According to the transitional law rules, pending proceedings continue to be governed by the C.C.L.C. (s. 9 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57). I will therefore refer primarily to the provisions of the C.C.L.C. in assessing the appellant's position. I will also refer to the C.C.Q. when the new rules clarify the law without changing the substance of the C.C.L.C. rules, which is the case for most of the rules of contract

la mère et son nouvel époux pour faire obstacle aux rapports qu'il voulait entretenir avec les enfants. La mère avait notamment changé le nom de famille des enfants et leur religion et nié que l'ex-époux était le père de ceux-ci. La Cour a néanmoins conclu que, en ce qui a trait aux droits découlant de la *Loi sur le divorce* et des lois provinciales régissant les conséquences de la séparation et du divorce, les recours sont limités aux régimes adoptés par le Parlement et les assemblées législatives provinciales (p. 112). Si la clause 12 était considérée comme une mesure accessoire au divorce, aucune des parties ne pourrait l'invoquer pour intenter un recours distinct devant les tribunaux civils.

L'engagement de se présenter devant les autorités rabbiniques n'est cependant pas relié aux droits et obligations découlant de la *Loi sur le divorce* ou du *Code civil*. Son incorporation à l'entente sur les mesures accessoires n'en fait pas un droit ou une obligation prévus par la *Loi sur le divorce* ou le *Code civil* et n'en fait pas, de ce seul fait, une mesure accessoire au divorce. Si la clause 12 peut fonder un recours distinct, ce n'est pas du fait de son incorporation dans l'entente sur les mesures accessoires. Elle doit être considérée comme une clause autonome. Pour fonder un recours civil distinct, la clause doit satisfaire aux exigences du droit civil. Comme le dossier émane de la province de Québec, le droit applicable est le droit civil des contrats et non la common law.

2.3.2 Les conditions de formation du contrat

En 1989, au moment où l'action en dommages-intérêts a été intentée, le droit civil québécois était régi par le *Code civil du Bas Canada* (« C.c.B.C. »). Les règles du droit transitoire prévoient que les instances en cours continuent d'être régies par le C.c.B.C. (art. 9 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57). C'est donc principalement à ces dispositions que je me reporterai pour évaluer la position avancée par l'appelante. Je me référerai aussi au C.c.Q. lorsque les nouvelles règles précisent le droit sans modifier la substance du C.c.B.C., ce qui est le cas

formation, particularly those relating to the object of a contract.

In the instant case, the appellant argues that the respondent must pay damages because he breached an *obligation* resulting from clause 12. Article 982 C.C.L.C. says the following about the *obligation*:

982. It is essential to an obligation that it should have a cause from which it arises, persons between whom it exists, and an object.

This provision is supplemented by art. 983 C.C.L.C., which specifies the legal situations that give rise to *obligations*:

983. Obligations arise from contracts, quasi-contracts, offences, quasi-offences, and from the operation of the law solely.

The appellant submits that the obligation in issue arises from a *contract*. No other legal situation has been invoked, or even discussed. It must therefore be determined whether clause 12 constitutes a contract in Quebec law. For this purpose, it is necessary to consider the requirements for "validity" of a contract. According to art. 984 C.C.L.C., a contract must meet four conditions:

984. There are four requisites to the validity of a contract:

Parties legally capable of contracting;

Their consent legally given;

Something which forms the object of the contract;

A lawful cause or consideration.

There is no doubt that the undertaking was agreed to by both parties. They were legally capable of contracting and they gave their consent. The other two conditions of formation — cause and object — require more detailed consideration.

Cause is not defined in the C.C.L.C., but it is defined in the *Civil Code*. According to the Minister's commentaries that were published when the *Civil Code* was enacted, the definition

pour la majorité des règles de formation du contrat, plus particulièrement celles ayant trait à l'objet du contrat.

En l'espèce, l'appelante soutient que l'intimé est tenu de payer des dommages-intérêts en raison d'un manquement à une *obligation* découlant de la clause 12. L'*obligation* est ainsi décrite à l'art. 982 C.c.B.C. : 163

982. Il est de l'essence d'une obligation qu'il y ait une cause d'où elle naisse, des personnes entre qui elle existe, et qu'elle ait un objet.

Cette disposition est complétée par l'art. 983 C.c.B.C., qui précise les situations juridiques donnant naissance aux *obligations* : 164

983. Les obligations procèdent des contrats, des quasi-contrats, des délits, des quasi-délits, ou de la loi seule.

L'appelante soutient que le *contrat* est la source de laquelle procède l'obligation. Aucune autre situation juridique n'a été invoquée ou même discutée. Il est donc important de déterminer si, en droit québécois, la clause 12 constitue un contrat. Pour ce faire, il faut se reporter aux conditions de « validité » du contrat. Selon l'art. 984 C.c.B.C., le contrat doit respecter quatre conditions : 165

984. Quatre choses sont nécessaires pour la validité d'un contrat :

Des parties ayant la capacité légale de contracter;

Leur consentement donné légalement;

Quelque chose qui soit l'objet du contrat;

Une cause ou considération licite.

Il ne fait aucun doute que l'engagement a été souscrit par les deux parties. Les parties avaient la capacité légale de contracter et elles ont donné leur consentement. Les deux autres conditions de formation — la cause et l'objet — requièrent cependant un examen plus approfondi. 166

La notion de cause n'est pas définie dans le C.c.B.C., mais elle l'est dans le *Code civil*. Selon les Commentaires du Ministre publiés lors de l'adoption du *Code civil*, la définition donnée à l'art. 1410 167

in art. 1410 C.C.Q. is the one that was accepted by commentators and the courts at the time of the reform. Article 1410 C.C.Q. reads as follows:

1410. The cause of a contract is the reason that determines each of the parties to enter into the contract.

168 According to the commentators, the cause of a contract has an objective aspect. It is the element that justifies the contract's existence. For each party, the objective cause of the contract is the other party's undertaking. But this information is not very helpful. Where a synallagmatic contract is concerned, the cause, defined as the other party's undertaking, is of no assistance in determining whether the contract is valid. What is relevant above all is the subjective aspect, namely the reason why a party enters into the contract. Whether considered in light of its objective aspect or its subjective aspect, the cause need not be mentioned in the contract. In view of the words of art. 984 C.C.L.C. ("[a] lawful cause or consideration"), the courts concern themselves with the cause of a contract only when its lawfulness is contested. If consenting parties who are capable of contracting agree to a juridical operation, it can be inferred from this that they have a reason for doing so. Only the lawfulness of this reason is subject to review. (D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (2006), at paras. 1066 *et seq.*)

169 The fact that the cause of a contract is connected with a religion does not affect the validity of the contract. For example, a person may have various reasons for undertaking to pay his or her religious community a specific sum of money, the most basic being a desire to contribute to an institution's financial health. In this sense, it is correct to say that a contract with a religious cause may be valid. There is nothing unlawful about having a religious reason for entering into a contract. However, the cause of the contract must not be confused with its object, as the trial judge has done and as, with respect, the majority are doing.

170 The fourth condition of contract formation is the existence of an object. This, according to the respondent, is the condition that is not met in the instant case. The *Civil Code* restates and clarifies the former law. Article 1412 reads as follows:

C.c.Q. est celle qui était retenue par la doctrine et la jurisprudence lors de la réforme. Voici le texte de l'art. 1410 du C.c.Q. :

1410. La cause du contrat est la raison qui détermine chacune des parties à le conclure.

Les auteurs reconnaissent un aspect objectif à la cause du contrat. C'est l'élément qui justifie l'existence du contrat. Pour chacune des parties, la cause objective du contrat serait l'engagement de l'autre partie. Cette information est toutefois peu utile. En effet, dans un contrat synallagmatique, la cause, identifiée comme l'engagement de l'autre partie, n'aide en rien à l'analyse de la validité du contrat. C'est surtout l'aspect subjectif qui est pertinent. Il s'agit du motif qui pousse une partie à s'engager. Qu'elle soit vue sous son aspect objectif ou subjectif, la cause n'a pas à être mentionnée au contrat. Suivant le texte de l'art. 984 C.c.B.C. (« [u]ne cause ou considération licite »), les tribunaux ne s'intéressent à la cause du contrat que lorsque sa licéité est contestée. En effet, si, capables et consentantes, les parties conviennent d'une opération juridique, on peut inférer qu'un motif les guide. Seule la licéité de ce motif doit être contrôlée. (D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2006), par. 1066 et suiv.)

Le lien rattachant la cause du contrat à une religion n'entache pas l'existence du contrat. Ainsi, l'engagement d'une personne à verser à sa communauté religieuse une somme d'argent déterminée peut être fondé sur diverses raisons, la plus élémentaire étant la volonté de contribuer à la santé financière d'une institution. En ce sens, il est exact de dire qu'un contrat ayant une cause religieuse peut être valide. Il n'y a rien d'illicite à être mû par un motif religieux lorsqu'on contracte. Il ne faut cependant pas confondre la cause avec l'objet du contrat, comme l'a fait le juge de première instance et, avec égards, comme le font les juges de la majorité.

La quatrième condition de formation du contrat est l'existence d'un objet. C'est cette condition qui, selon l'intimé, fait défaut. Le *Code civil* reprend le droit antérieur en le précisant. L'article 1412 est rédigé ainsi :

1412. The object of a contract is the juridical operation envisaged by the parties at the time of its formation, as it emerges from all the rights and obligations created by the contract.

Article 1412 specifies that the object of a contract is the *juridical operation* envisaged by the parties at the time of its formation. At this stage, the operation as a whole must be considered, and not just the obligations the parties are bound to perform. Identifying the object of the contract is important, because only the object makes it possible to determine the nature of the juridical operation the parties have agreed on. Contrary to what the majority assert, the review of the object is not limited to determining whether it is contrary to public order (art. 1413 C.C.Q.). Indeed, Lluelles and Moore, in their treatise on the law of obligations, state that the principal use of the object of the contract is to enable the court to ensure that the contract in fact exists:

[TRANSLATION] The 1987 draft bill on obligations was quite clear in this respect, as article 1455 thereof provided that "[a] contract *which does not have as its object a juridical act envisaged* by the parties at the time of its conclusion . . ." was null. Even though article 1413 C.C.Q. does not include this clarification, being limited to nullifying a contract whose object is unlawful, the solution is, strictly speaking, the same: it is clear from the second paragraph of article 1385 that the object of a contract is one of the *elements of the formation* of contracts in the same way as consent by and capacity of the contracting parties. Conformity of the object of the contract with public order is not, therefore, the only source of contention with respect to the object: the very non-existence of this object, as an element of the agreement, may bring the formation of a contract into question. [Emphasis in original; para. 1054.]

See also V. Karim, *Les obligations* (2nd ed. 2002), vol. 1, at p. 279, art. 1412.

Furthermore, the respondent did not raise the issue of whether the object is contrary to public order in support of his argument that there was no contract. It was raised only in the context of the public law argument. He maintained that to award damages against him solely because he exercised his right to freedom of religion would be contrary to public order (Respondent's Factum, at para. 123).

1412. L'objet du contrat est l'opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion, telle qu'elle ressort de l'ensemble des droits et obligations que le contrat fait naître.

171 L'objet du contrat, précise l'art. 1412, est l'*opération juridique* que les parties envisagent au moment de la conclusion du contrat. À cette étape, c'est l'ensemble de l'opération qui fait l'objet de l'examen et non les seules obligations auxquelles les parties sont tenues. L'identification de l'objet du contrat est important parce que seul l'objet permet de déterminer la nature de l'opération juridique sur laquelle les parties s'entendent. Contrairement à ce qu'affirment les juges de la majorité, le contrôle de l'objet ne consiste pas simplement à vérifier s'il y a contravention à l'ordre public (art. 1413 C.c.Q.). Lluelles et Moore, dans leur traité sur le droit des obligations, précisent même que l'utilité première de l'objet du contrat est de permettre de s'assurer de l'existence même du contrat :

L'Avant-projet de loi de 1987 sur les obligations était très explicite à cet égard, lorsque son article 1455 déclarait nul « le contrat *qui n'a pas pour objet quelque opération juridique envisagée* par les parties au temps de sa conclusion [. . .] ». Même si l'article 1413 C.c.Q. n'a pas repris cette précision, se contentant de frapper de nullité le contrat dont l'objet est illicite, la solution est strictement la même : en effet, l'objet du contrat est bien présenté par le second alinéa de l'article 1385 comme un des *éléments de formation* des contrats, au même titre que le consentement et la capacité des contractants. La conformité de l'objet du contrat à l'ordre public n'est donc pas la seule source de contentieux en ce qui concerne l'objet : l'inexistence même de cet objet, comme élément de l'entente, peut remettre en cause la conclusion d'un contrat. [En italique dans l'original; par. 1054]

Voir aussi V. Karim, *Les obligations* (2e éd. 2002), vol. 1, p. 279, art. 1412.

172 La question de la contravention à l'ordre public n'a d'ailleurs pas été invoquée par l'intimé au soutien de son argument fondé sur l'inexistence du contrat. Elle n'a été soulevée que dans le contexte de l'argument de droit public. Il soutenait que de le condamner à des dommages-intérêts pour le seul motif qu'il aurait exercé sa liberté de religion serait contraire à l'ordre public (mémoire de l'intimé, par.

Thus, in his view, the concept of public order would be relevant only to an analysis of that argument, which is unnecessary in the case at bar.

173 Identifying the object of a contract is not, therefore, limited to identifying the object of each of the obligations or to determining whether the juridical operation is lawful. The judge must be able to determine whether the parties have agreed to a mechanism that corresponds to a juridical operation. Thus, in *Christiaenssens v. Rigault*, [2006] Q.J. No. 5765 (QL), 2006 QCCA 853, at para. 46, the Quebec Court of Appeal could only find that there was no contract, since it was unable to identify a juridical operation envisaged by the parties.

174 What operation was envisaged in the instant case? The parties envisaged the obtaining of a religious divorce. Considered as a whole, the purpose of the mutual undertakings to appear before the rabbinical authorities in order to obtain a religious divorce was to obtain a religious divorce. Is this a juridical operation? A juridical operation implies a mechanism capable of legal characterization; it must be capable of juridical consequences. Sale, service, lease and loan are some examples of juridical operations. Is the operation in the case at bar a juridical operation? Obtaining a religious divorce is not capable of legal characterization. The rabbinical authorities are not responsible for civil divorce in the way that certain religious authorities are for marriage. The act they perform or the judgment they render is not recognized in civil law. Neither the undertaking to consent to a religious divorce nor the religious divorce itself has civil consequences. I must therefore infer that, in clause 12 of the corollary relief agreement, the parties did not agree on an operation recognized in civil law. Since the parties did not envisage a juridical operation, it must be concluded that one of the essential elements of contract formation is missing.

175 The undertaking to appear before the religious authorities is therefore not a contract as the appellant argues, and as the majority accept. But if the undertaking does not flow from a contract, what

123). Cette notion d'ordre public ne serait donc pertinente que pour étudier cet argument particulier, ce qui n'est pas nécessaire en l'espèce.

L'identification de l'objet du contrat ne se limite donc ni à déterminer l'objet de chacune des obligations ni à vérifier la licéité de l'opération juridique. Le juge doit pouvoir déterminer si les parties se sont engagées dans un mécanisme qui correspond à une opération juridique. Ainsi, la Cour d'appel du Québec, dans *Christiaenssens c. Rigault*, [2006] J.Q. nº 5765 (QL), 2006 QCCA 853, par. 46, n'a pu que constater l'inexistence du contrat, faute de pouvoir identifier l'opération juridique envisagée par les parties.

Quelle est l'opération envisagée dans la présente affaire? Les parties ont envisagé d'obtenir un divorce religieux. Considérés dans leur ensemble, les engagements mutuels de se présenter devant les autorités rabbiniques pour les fins du divorce religieux avaient pour but d'obtenir le divorce religieux. Est-ce une opération juridique? Une opération juridique implique un mécanisme susceptible de qualification juridique; cette opération doit pouvoir emporter des conséquences juridiques. Une opération juridique est, par exemple, une vente, un service, une location ou un prêt. Ici, de quoi s'agit-il? L'obtention d'un divorce religieux n'est pas susceptible de qualification juridique. Les autorités rabbiniques ne sont pas chargées du divorce civil, comme le sont, pour le mariage, certaines autorités religieuses. Le geste qu'elles posent ou le jugement qu'elles rendent n'est pas reconnu par le droit civil. Ni les engagements à consentir à un divorce religieux ni le divorce religieux lui-même n'ont de conséquence civile. Je dois donc inférer que, dans l'entente sur les mesures accessoires, à la clause 12, les parties ne conviennent d'aucune opération reconnue en droit civil. Comme les parties n'envisageaient pas une opération juridique, il faut conclure que l'un des éléments essentiels à la formation du contrat est inexistant.

L'engagement à comparaître devant les autorités religieuses ne constitue donc pas un contrat comme le prétend l'appelante et comme l'acceptent les juges de la majorité. Mais, si cet engagement ne

did the parties do in agreeing to clause 12? What is the juridical nature of this undertaking? In the instant case, the undertaking to appear before the rabbinical authorities for a religious divorce, like an undertaking to go regularly to church, to synagogue or to a mosque, is based on a duty of conscience alone. The Court of Appeal was therefore right to view the undertaking in clause 12 as a purely moral obligation that may not be enforced civilly.

Accordingly, as the Court of Appeal rightly noted, the undertaking to appear before the rabbinical authorities as incorporated into the corollary relief agreement could at most be considered a moral undertaking. Moreover, even if this moral undertaking had been actionable, determining the appropriate remedy would have been problematic. This is the issue to which I will now turn.

2.3.3 Damages

In this Court, the appellant is asking, without specifying under which heads, that the damages awarded by the trial judge be increased to $400,000. The remedy she seeks causes problems. Since I have already discussed these problems from a different perspective, I will return to them only briefly.

First, the damages claimed by the appellant are based on her observance of specific religious precepts. In both Canadian and Quebec law, freedom of religion is recognized as a fundamental value. It can serve as a basis for claiming equal treatment in civil society. However, it has not yet been recognized as a means of forcing another person to perform a religious act, nor have the courts been used to sanction the failure to perform such an act.

Second, the argument on which the appellant's position is based requires recognition of a legal situation that is contrary to the rules of Canadian

découle pas d'un contrat, qu'est-ce que les parties ont fait en convenant de la clause 12? Quelle est la nature juridique de cet engagement? En l'espèce, au même titre que l'engagement à aller régulièrement à l'église, à la synagogue ou à la mosquée, l'engagement à se présenter devant les autorités rabbiniques pour le divorce religieux relève uniquement d'un devoir de conscience. La Cour d'appel a donc eu raison de considérer que l'engagement prévu à la clause 12 est purement moral et n'est pas susceptible d'exécution civile.

176 Par conséquent, l'inclusion dans l'entente sur les mesures accessoires de l'engagement de se présenter devant les autorités rabbiniques ne pouvait tout au plus, comme le souligne avec raison la Cour d'appel, qu'être considéré comme un engagement moral. Par ailleurs, même si l'engagement moral avait donné ouverture à une action en justice, la détermination de la réparation susceptible d'être accordée aurait été problématique. C'est de cette question dont je vais traiter maintenant.

2.3.3 Les dommages-intérêts

177 Devant notre Cour, sans préciser les chefs de réclamation, l'appelante demande d'augmenter à 400 000 $ le montant des dommages-intérêts que le juge de première instance a accordés. La réparation demandée par l'appelante pose des problèmes. J'en ai déjà traité sous un autre angle et je n'y reviens donc que brièvement.

178 Premièrement, les dommages-intérêts réclamés par l'appelante découlent de son adhésion à des préceptes religieux identifiés. Autant en droit canadien qu'en droit québécois, la liberté de religion est reconnue comme une valeur fondamentale. Elle peut servir de fondement pour revendiquer un traitement égal dans la société civile. Elle n'a cependant pas encore été reconnue comme moyen de contraindre une autre personne à accomplir un acte religieux ni les tribunaux utilisés pour sanctionner le défaut d'accomplir un acte religieux.

179 Deuxièmement, l'argument sur lequel l'appelante fonde sa position oblige à reconnaître une situation juridique contraire aux règles du droit

and Quebec family law. It is clear from the evidence that, unless a religious divorce is granted, an Orthodox Jewish woman may not date other men with a view to marriage or have sexual relations outside the marriage, and that any child born of such sexual relations is considered to be illegitimate (*mamzer*) (testimony of Rabbi Mendel Epstein, Respondent's Record, at pp. 904-5 and 930). In Canadian and Quebec family law, a woman is free to remarry without her former husband's consent. Children are treated equally whether they are born of a marriage or not. To sanction the religious law by, for example, ordering the payment of damages because children would be regarded as *mamzerim* or because the appellant was not released from her marriage despite the granting of a divorce would be to impose a rule that is inconsistent with the rights the secular courts are otherwise responsible for enforcing.

180 In short, contract law cannot be relied on to enforce religious undertakings. Neither the rules of contract formation nor the rules governing the consequences of breaching an obligation may be used as a vehicle for sanctioning the violation of a religious precept. Such undertakings do not constitute a juridical operation. Clause 12 cannot, legally, be characterized as a contract. It is a purely moral undertaking. In addition, the assessment of damages would require the court to implement a rule of religious law that is not within its jurisdiction and that violates the secular law it is constitutionally responsible for applying.

3. Conclusion

181 The restraint shown by Canadian civil courts with respect to religious questions enables them not only to limit their action to rules they are explicitly responsible for applying, but also to maintain a neutrality that is indispensable in a pluralistic and multicultural society. It allows them to focus on conformity to the civil standard without having to decide between various customs or practices.

de la famille canadien et québécois. Il ressort de la preuve que, en l'absence de divorce religieux, une femme de confession juive orthodoxe ne peut fréquenter d'autres hommes en vue d'un mariage, ni avoir de relations sexuelles hors du mariage, et que tout enfant né de telles relations est considéré comme illégitime (*mamzer*) (témoignage du rabbin Mendel Epstein, dossier de l'intimé, p. 904-905 et 930). En droit de la famille canadien et québécois, une femme est libre de se remarier sans le consentement de son ex-mari. Les enfants — qu'ils soient issus ou non d'un mariage — sont traités de façon égale. Sanctionner la loi religieuse, par exemple en ordonnant le paiement de dommages-intérêts parce que les enfants seraient considérés comme des *mamzerim* ou parce que l'appelante n'aurait pas été libérée de son mariage malgré le prononcé du divorce, reviendrait à imposer une règle incompatible avec les droits que les tribunaux laïques ont par ailleurs la responsabilité de faire reconnaître.

En résumé, le droit des contrats ne peut pas être invoqué pour obtenir l'exécution d'un engagement religieux. En effet, ni les règles de formation du contrat ni celles qui régissent les conséquences de la violation des obligations ne peuvent servir de véhicule pour sanctionner la violation d'un précepte religieux. Les engagements envisagés ne constituent pas une opération juridique. La clause 12 ne peut pas, juridiquement, être qualifiée de contrat. Elle constitue un engagement purement moral. De plus, l'évaluation des dommages-intérêts obligerait le tribunal à mettre en œuvre une règle du droit religieux qui n'est pas de son ressort et qui porte atteinte à la loi laïque qu'il est constitutionnellement chargé d'appliquer.

3. Conclusion

La réserve manifestée par les tribunaux civils canadiens à l'endroit des questions religieuses leur permet non seulement de limiter leur action aux règles qu'ils sont explicitement chargés d'appliquer, mais elle leur permet aussi de conserver une neutralité qui est indispensable dans une société pluraliste et multiculturelle. Elle permet aux tribunaux de s'attacher au respect de la norme civile, sans avoir à trancher entre diverses coutumes ou pratiques.

It has taken the Canadian state centuries to reach the still-precarious balance we now have. In Quebec, the transition to state neutrality is referred to as the Quiet Revolution. Would attaching opprobrium to a child born to unmarried parents not be to slip into a sort of "Quiet Regression"? The role of the courts cannot be altered without calling into question the foundations of the relationship between the state and religion. The majority suggest proceeding on a case-by-case basis. In my opinion, that is a short-sighted approach. Canada opens its doors to all religions. All of them are entitled to receive the same protection, but not, I believe, to be provided with weapons.

Il a fallu des siècles à l'État canadien pour en arriver à l'équilibre encore précaire que nous connaissons. Au Québec, le passage à la neutralité de l'État est même qualifié de Révolution tranquille. Attacher un opprobre à un enfant né hors du mariage ne serait-il pas glisser dans une sorte de « Régression tranquille »? Le rôle des tribunaux ne peut être modifié sans remettre en cause les fondements de la relation entre l'État et la religion. La majorité suggère de procéder au cas par cas. À mon avis, il s'agit d'une approche à courte vue. Le Canada ouvre ses portes à toutes les religions. Toutes ont droit à la même protection, mais non, selon moi, à la fourniture d'armes. 182

Although, like the Court of Appeal, I am sensitive to how difficult it is for the Jewish community to modify the rules of religious divorce, the fact remains that the courts are limited to deciding cases that originate in positive law. The instant case is one in which the religious and civil worlds collide. In my opinion, the problem is a matter for Hebrew law. I see no reason to change, for this case, the clear rule that religion is not an autonomous source of law in Canada.

Bien que, à l'instar de la Cour d'appel, je sois sensible à la difficulté pour la communauté juive de modifier les règles du divorce religieux, il n'en demeure pas moins que les tribunaux sont limités à se saisir de litiges qui prennent leur source dans le droit positif. Nous sommes en présence d'un cas où le religieux et le civil s'affrontent. À mon avis, le problème relève du droit hébraïque. Je ne vois aucune raison de changer, pour le présent cas, la règle claire qui veut que le religieux ne constitue pas, au Canada, une source autonome de droit. 183

I will conclude by noting that the reserved approach taken by the Canadian courts to religious precepts is in my view a sound one. Civil rights arise out of positive law, not religious law. If the violation of a religious undertaking corresponds to the violation of a civil obligation, the courts can play their civil role. But they must not be put in a situation in which they have to sanction the violation of religious rights. The courts may not use their secular power to penalize a refusal to consent to a *get*, failure to pay the Islamic *mahr*, refusal to raise children in a particular faith, refusal to wear the veil, failure to observe religious holidays, etc. Limiting the courts' role to applying civil rules is the clearest position and the one most consistent with the neutrality of the state in Canadian and Quebec law. Gandhi is credited with saying that each person is responsible for his or her own religion. That responsibility goes hand in hand with the neutrality of the state toward

Je conclus en soulignant que l'approche réservée des tribunaux canadiens face aux préceptes religieux est, à mon avis, saine. Les droits civils naissent du droit positif, non du droit religieux. Si la violation d'un engagement religieux correspond aussi à la violation d'une obligation civile, les tribunaux peuvent jouer leur rôle civil. Les tribunaux ne doivent cependant pas être placés dans une situation où ils doivent sanctionner la violation des droits religieux. Les tribunaux ne peuvent utiliser leur pouvoir laïque pour pénaliser le refus de consentir au *get*, le non-paiement du *mahr* islamique, le refus d'élever les enfants dans une confession donnée, le refus de porter le voile, le non-respect des fêtes religieuses, etc. Limiter le rôle des tribunaux à l'application de la règle civile est la position la plus claire et la plus compatible avec la neutralité de l'État en droit canadien et québécois. On prête à Gandhi d'avoir dit que chacun est responsable de sa religion. Cette responsabilité va de 184

religious precepts and, in the case at bar, favours dismissing the appellant's action.

185 For these reasons, I would have dismissed the appeal.

Appeal allowed with costs, DESCHAMPS *and* CHARRON JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Stein & Stein, Montréal; Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the respondent: Goldwater, Dubé, Westmount.

Solicitors for the intervener: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

pair avec la neutralité de l'État face aux préceptes religieux et milite, en l'espèce, en faveur du rejet de la demande de l'appelante.

Pour ces motifs, j'aurais rejeté l'appel.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges DESCHAMPS *et* CHARRON *sont dissidentes.*

Procureurs de l'appelante : Stein & Stein, Montréal; Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs de l'intimé : Goldwater, Dubé, Westmount.

Procureurs de l'intervenante : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Jedfro Investments (U.S.A.) Limited and Elsie Iwasykiw, in her capacity as Litigation Administrator for the estate of Morris Iwasykiw *Appellants*

v.

Nadia Jacyk, in her capacity as Litigation Administrator for the estate of Peter Jacyk, Prombank Investment Limited, Prombank International (U.S.A.) Limited, Louis V. Matukas and Gramat Investments (U.S.A.) Limited *Respondents*

INDEXED AS: JEDFRO INVESTMENTS (U.S.A.) LTD. *v.* Jacyk

Neutral citation: 2007 SCC 55.

File No.: 31561.

2007: October 11; 2007: December 20.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Enforcement — Breach — Parties to joint venture agreement not abiding by its terms — Whether agreement terminated — Whether agreement still enforceable — Whether agreement breached — Whether agreement required repayment of defaulting party's initial investment in joint venture.

I, J and M, via their corporations, entered into a joint venture agreement to purchase, develop and sell a property purchased from Air Products. Part of the purchase price was secured by a note and a trust deed in favour of Air Products. When Air Products demanded repayment, the joint venture agreement required each partner to pay its proportionate share of the sum demanded. Only J was prepared to meet this demand. As the parties agreed that the survival of the joint venture required the note to be paid, J had one of his companies, Prombank Investment, a non-party to the joint venture agreement, purchase the note. Although I and M had defaulted on the joint venture agreement, the parties did not wish to abide by its

Jedfro Investments (U.S.A.) Limited et Elsie Iwasykiw, en sa qualité d'administratrice à l'instance de la succession de Morris Iwasykiw *Appelantes*

c.

Nadia Jacyk, en sa qualité d'administratrice à l'instance de la succession de Peter Jacyk, Prombank Investment Limited, Prombank International (U.S.A.) Limited, Louis V. Matukas et Gramat Investments (U.S.A.) Limited *Intimés*

RÉPERTORIÉ : JEDFRO INVESTMENTS (U.S.A.) LTD. *c.* JACYK

Référence neutre : 2007 CSC 55.

N° du greffe : 31561.

2007 : 11 octobre; 2007 : 20 décembre.

Présents: La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Charron et Rothstein.

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

Contrats — Mise à exécution — Violation — Parties à un accord de coentreprise ne se conformant pas à ses dispositions — L'accord a-t-il été résilié? — L'accord peut-il encore être mis à exécution? — Y a-t-il eu violation de l'accord? — L'accord prescrivait-il le remboursement à la partie défaillante de son investissement initial dans la coentreprise?

I, J et M ont, par l'entremise de leurs sociétés, conclu un accord de coentreprise pour l'achat, l'aménagement et la vente d'une propriété achetée à Air Products. Le prix d'achat a été garanti en partie au moyen d'un billet et d'un acte de fiducie en faveur d'Air Products. Au moment où Air Products a demandé le remboursement, l'accord de coentreprise prévoyait que chaque associé devait payer sa part proportionnelle de la somme demandée. Seul J était disposé à accéder à cette demande. Comme les parties convenaient que le paiement du billet était nécessaire à la survie de la coentreprise, J a fait acheter le billet par une de ses sociétés, Prombank Investment, qui n'était pas partie à l'accord de coentreprise. Bien que I et M aient manqué à l'accord

default provisions. M reached an agreement with J, but I did not. Even when Prombank Investment indicated that it intended to foreclose, I took no steps to raise the money required. Prombank Investment did foreclose and I lost the investment he and his company had put into the joint venture. They sued J, M and their companies for breach of the joint venture agreement and related relief. The trial judge dismissed the action and the Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be dismissed.

While the parties may have ignored the joint venture agreement, the obligations under it remained in effect as none of the ways in which a contract can be discharged is established on the facts. There was no discharge by agreement because the parties never reached a new agreement to terminate the joint venture agreement. Similarly, abandonment discharges a contract only if it amounts to a new contract in which the parties agree to abandon the old one; ignoring a contract does not establish a new contract to terminate the old contract. Nor was it established that the parties had elected to treat the breach as ending the joint venture agreement. [16-17] [22-23] [28]

The joint venture agreement was not breached because J did not advance funds under s. 4.02(a) of the agreement. That section only provided a right, not an obligation, to a non-defaulting party to advance funds on behalf of a defaulting party. Instead, one of J's companies purchased Air Products' note, which any third party could have done. Section 8.03 of the agreement, which required the consent of all three members of the joint venture in order to make decisions relating to the joint venture project, did not assist because: Prombank Investment merely assumed the position Air Products had occupied as a creditor to the joint venture; s. 4.02(d) of the agreement removed the consent requirement under the circumstances arising here; and the foreclosure was simply the exercise of legal rights under the note. [24-28]

I and his company are not entitled to the return of their initial investment in the joint venture. These monies were formally forfeited by the foreclosure by Prombank Investment. Furthermore, the doctrine of unjust enrichment did not apply. The joint venture

de coentreprise, les parties ne voulait pas se conformer à ses dispositions relatives au défaut de paiement. M a conclu une entente avec J, mais non I. Même lorsque Prombank Investment a indiqué qu'elle comptait procéder à la forclusion, I n'a rien fait pour recueillir les sommes requises. Prombank Investment a procédé à la forclusion et I a perdu la somme que lui-même et sa société avaient investie dans la coentreprise. Ils ont poursuivi J, M et leurs sociétés pour violation de l'accord de coentreprise et ont demandé réparation. La juge de première instance a rejeté l'action et la Cour d'appel a maintenu cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Même s'il se peut que les parties n'aient pas tenu compte de l'accord de coentreprise, les obligations qui découlaient de cet accord s'appliquaient toujours étant donné que les faits ne démontrent pas qu'il a été mis fin au contrat de l'une ou l'autre des façons qui permettent de le faire. Le contrat n'a pas pris fin avec le consentement des parties étant donné que ces dernières ne l'ont jamais résilié au moyen d'un nouvel accord. De même, la renonciation ne met fin à un contrat que si elle constitue un nouveau contrat dans lequel les parties conviennent de renoncer à l'ancien contrat; le fait de ne pas tenir compte d'un contrat ne prouve pas l'existence d'un nouveau contrat résiliant l'ancien contrat. Il n'a pas été établi non plus que les parties avaient choisi de considérer que le manquement mettait fin à l'accord de coentreprise. [16-17] [22-23] [28]

Il n'y a eu aucune violation de l'accord de coentreprise du fait que J n'a pas avancé de fonds en application de la clause 4.02a) de cet accord. Cette clause prévoyait seulement qu'une partie non défaillante avait le droit, et non l'obligation, d'avancer des fonds pour une partie défaillante. Au lieu de cela, l'une des sociétés de J a acheté le billet d'Air Products, ce que tout tiers aurait pu faire. La clause 8.03 de l'accord, qui exigeait le consentement de tous les trois membres de la coentreprise pour prendre des décisions concernant la coentreprise, n'était pas utile pour les raisons suivantes: Prombank Investment ne faisait que se substituer à Air Products en tant que créancière de la coentreprise, la clause 4.02d) de l'accord supprimait l'exigence de consentement dans les circonstances existant en l'espèce et la forclusion constituait un simple exercice des droits que la loi reconnaissait au titre du billet. [24-28]

I et sa société n'ont pas droit au remboursement de leur investissement initial dans la coentreprise. Cette somme a été formellement confisquée lors de la forclusion par Prombank Investment. De plus, le principe de l'enrichissement sans cause ne s'appliquait pas.

agreement was a juristic reason why the money need not be repaid, and the foreclosure was a known and procedurally fair consequence of not paying the amount due. [29-30] [35-36]

Cases Cited

Referred to: *Paal Wilson & Co. A/S v. Partenreederei Hannah Blumenthal*, [1983] 1 All E.R. 34; *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, [2004] 3 S.C.R. 575, 2004 SCC 75.

Authors Cited

Chitty on Contracts, vol. 1, 29th ed. by H. G. Beale. London: Sweet & Maxwell, 2004.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Borins and Juriansz JJ.A.) (2006), 80 O.R. (3d) 533, 210 O.A.C. 153, 18 B.L.R. (4th) 8, [2006] O.J. No. 1963 (QL), affirming a decision of Macdonald J. (2005), 2 B.L.R. (4th) 151, [2005] O.J. No. 514 (QL). Appeal dismissed.

James C. Orr and *Kenneth A. Dekker*, for the appellants.

Benjamin Zarnett and *Julie Rosenthal*, for the respondents Nadia Jacyk, in her capacity as Litigation Administrator for the estate of Peter Jacyk, Prombank Investment Limited and Prombank International (U.S.A.) Limited.

Andrew J. Macdonald, for the respondents Louis V. Matukas and Gramat Investments (U.S.A.) Limited.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE — The appellants claim monies under a joint venture agreement entered into with the respondents for the purpose of holding and developing a property interest near Denver, Colorado. The respondents deny liability. The first issue on the appeal is whether the joint venture agreement is enforceable by the appellants

L'accord de coentreprise constituait un motif juridique de ne pas avoir à rembourser la somme en question, et la forclusion était une conséquence connue et équitable sur le plan procédural du défaut de payer le montant dû. [29-30] [35-36]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Paal Wilson & Co. A/S c. Partenreederei Hannah Blumenthal*, [1983] 1 All E.R. 34; *Shelanu Inc. c. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, 2004 CSC 25; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, [2004] 3 R.C.S. 575, 2004 CSC 75.

Doctrine citée

Chitty on Contracts, vol. 1, 29th ed. by H. G. Beale. London : Sweet & Maxwell, 2004.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Borins et Juriansz) (2006), 80 O.R. (3d) 533, 210 O.A.C. 153, 18 B.L.R. (4th) 8, [2006] O.J. No. 1963 (QL), qui a confirmé une décision de la juge Macdonald (2005), 2 B.L.R. (4th) 151, [2005] O.J. No. 514 (QL). Pourvoi rejeté.

James C. Orr et *Kenneth A. Dekker*, pour les appelantes.

Benjamin Zarnett et *Julie Rosenthal*, pour les intimées Nadia Jacyk, en sa qualité d'administratrice à l'instance de la succession de Peter Jacyk, Prombank Investment Limited et Prombank International (U.S.A.) Limited.

Andrew J. Macdonald, pour les intimés Louis V. Matukas et Gramat Investments (U.S.A.) Limited.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF — Les appelantes demandent le remboursement de la somme versée au titre de l'accord de coentreprise conclu avec les intimés pour détenir et aménager une propriété près de Denver au Colorado. Les intimés nient toute responsabilité. La première question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si l'accord de 1

and, if so, whether the respondents are in breach. The second issue is whether the respondents are required to reimburse the sums advanced by the appellants to acquire and maintain the property.

2 I conclude that the joint venture agreement remained in effect and was not breached by the respondents. The respondents are not liable to the appellants for the monies advanced.

Background

3 Morris Iwasykiw, Peter Jacyk and Louis Matukas were sophisticated businessmen who had known each other for a long time. In 1989, they registered a partnership in Colorado, Tower Centre Partners, to purchase the Denver property from Air Products and Chemicals Inc. ("Air Products"). Part of the purchase price was paid with advances made by the three partners. The balance was secured by a note and a trust deed in favour of Air Products.

4 In 1991, Iwasykiw, Jacyk and Matukas entered into a joint venture agreement to purchase, develop and sell the Denver property, holding the following interests: Jacyk 60 percent; Iwasykiw 30 percent; and Matukas 10 percent. Each of the covenantors brought a corporate party into the joint venture agreement. The Air Products note was due in June 1991. The land was not as saleable as originally thought, and the note was extended. Payments reducing the principal were made consistently until 1995. However, in 1996 Air Products demanded repayment of US$3.8 million, failing which it would commence proceedings to enforce its security under the trust deed. Under the terms of the joint venture agreement, each partner was required to pay its proportionate share of the sum demanded.

5 It emerged that only Jacyk was prepared to meet this demand. Neither Iwasykiw nor Matukas were in a position to harness the funds they needed to pay their respective shares. The parties agreed

coentreprise peut être mis à exécution par les appelantes et, dans l'affirmative, s'il y a manquement de la part des intimés. La deuxième question est de savoir si les intimés sont tenus de rembourser les sommes avancées par les appelantes pour acquérir et conserver la propriété.

Je conclus que l'accord de coentreprise demeurait en vigueur et n'a pas été violé par les intimés. Ces derniers ne sont pas tenus de rembourser aux appelantes les sommes qu'elles ont avancées.

Contexte

Morris Iwasykiw, Peter Jacyk et Louis Matukas étaient des hommes d'affaires avertis qui se connaissaient depuis longtemps. En 1989, ils ont enregistré une société de personnes au Colorado, la Tower Centre Partners, pour acheter la propriété de Denver à Air Products and Chemicals Inc. (« Air Products »). Le prix d'achat a été payé en partie au moyen de sommes avancées par les trois associés. Le solde a été garanti au moyen d'un billet et d'un acte de fiducie en faveur d'Air Products.

En 1991, MM. Iwasykiw, Jacyk et Matukas ont conclu un accord de coentreprise pour l'achat, l'aménagement et la vente de la propriété de Denver. La participation de MM. Jacyk, Iwasykiw et Matukas était respectivement de 60 p. 100, 30 p. 100 et 10 p. 100. Chaque auteur de l'engagement introduisait une personne morale dans l'accord de coentreprise. Le billet d'Air Products arrivait à échéance en juin 1991. Les terrains se sont révélés plus difficiles à vendre qu'on l'avait cru au départ, et la date d'échéance du billet a été prorogée. Il y a eu remboursement systématique du capital jusqu'en 1995. Toutefois, en 1996, Air Products a demandé le remboursement de 3,8 millions $US, faute de quoi elle entamerait des procédures pour réaliser sa garantie aux termes de l'acte de fiducie. L'accord de coentreprise prévoyait que chaque associé devait payer sa part proportionnelle de la somme demandée.

Il s'est avéré que seul M. Jacyk était disposé à accéder à cette demande. Ni M. Iwasykiw ni M. Matukas n'étaient en mesure de rassembler les fonds requis pour payer leurs parts respectives.

that the survival of the joint venture required the note to be paid; otherwise Air Products would foreclose and they would lose their investments. At a June 24, 1996 meeting, Jacyk offered to use one of his companies to avert the crisis precipitated by Air Products' demand. The parties contemplated that Jacyk would advance funds on behalf of the other two to pay off the entire amount of the note. The possibility that Jacyk would purchase the note was also considered, according to Iwasykiw's testimony at discovery that Jacyk was "telling us all the time that he's going to buy the note". On July 20, hearing that Jacyk had gone ahead and purchased the note, Iwasykiw, the trial judge found, recognized Jacyk's purchase of the note as a strategic move benefiting all three parties to the joint venture.

Les parties convenaient que le paiement du billet était nécessaire à la survie de la coentreprise, sinon Air Products procéderait à la forclusion et elles perdraient alors leurs investissements. Lors d'une réunion tenue le 24 juin 1996, M. Jacyk a offert de recourir à l'une de ses sociétés pour conjurer la crise provoquée par la demande d'Air Products. Les parties ont prévu que M. Jacyk avancerait des fonds pour les deux autres afin de payer en entier le montant du billet. La possibilité que M. Jacyk achète le billet a également été envisagée, d'après le témoignage de M. Iwasykiw présenté lors de l'interrogatoire préalable, dans lequel celui-ci a affirmé que M. Jacyk [TRADUCTION] « nous répétait sans cesse qu'il achèterait le billet ». Le 20 juillet, en apprenant que M. Jacyk était allé de l'avant et avait acheté le billet, M. Iwasykiw a, selon la juge de première instance, reconnu que l'achat du billet par M. Jacyk était une stratégie avantageuse pour tous les trois membres de la coentreprise.

An unresolved issue remained as to what the defaulting parties, Iwasykiw and Matukas, would give in exchange for being bailed out of the crisis. The joint venture agreement contained default provisions, but none of the parties wished to abide by them. Iwasykiw and Matukas felt they were too onerous. Jacyk, for his part, wanted a bigger share of the profits. Matukas, in the end, agreed to Jacyk's terms, including a 35 percent profit participation in favour of Jacyk. Iwasykiw, however, did not want to forego any profits from the project. He indicated that he would find the financing to meet his obligations under the note elsewhere and made an offer, which was not accepted, to give a first mortgage over certain unrelated property and a personal guarantee to Jacyk instead of profit participation. Iwasykiw voiced no objection to Jacyk's purchase of the note. Moreover, despite knowing that foreclosure would occur if the note was not paid, Iwasykiw "took no meaningful steps to raise the money for his share through the many assets that were available to him" ((2005), 2 B.L.R. (4th) 151 (Ont. S.C.J.), at para. 30).

6 Il restait à décider quelle contrepartie les parties défaillantes, MM. Iwasykiw et Matukas, devraient offrir pour qu'on les tire de ce mauvais pas. L'accord de coentreprise contenait des dispositions relatives au défaut de paiement, mais aucune des parties ne voulait se conformer à ces dispositions. Messieurs Iwasykiw et Matukas estimaient qu'elles étaient trop onéreuses. Pour sa part, M. Jacyk réclamait une part plus importante des profits. Monsieur Matukas a finalement accepté les conditions de M. Jacyk, y compris le droit de M. Jacyk à une part de 35 p. 100 des profits. Cependant, M. Iwasykiw ne souhaitait renoncer à aucun profit découlant de la coentreprise. Il a indiqué qu'il trouverait ailleurs les fonds nécessaires pour s'acquitter de ses obligations au titre du billet et il a offert, ce qui a été refusé, de consentir à M. Jacyk une première hypothèque sur un bien n'ayant aucun rapport avec la coentreprise ainsi qu'une garantie personnelle au lieu d'une part des profits. Monsieur Iwasykiw n'a formulé aucune objection à l'achat du billet par M. Jacyk. De plus, même s'il savait qu'il y aurait forclusion si le billet n'était pas payé, M. Iwasykiw [TRADUCTION] « n'a fait aucune démarche sérieuse pour recueillir les fonds nécessaires pour payer sa part au moyen des nombreux éléments d'actif dont il disposait » ((2005), 2 B.L.R. (4th) 151 (C.S.J. Ont.), par. 30).

7 Jacyk's company Prombank Investment Ltd., a non-party to the joint venture agreement, now held the security interest with respect to which Tower Centre Partners was a debtor. Prombank Investment Ltd. indicated in mid-August that it intended to foreclose. When the note fell due, therefore, Iwasykiw faced Prombank foreclosing his interest in the Colorado property unless the obligations under the note were met. By this time, Jacyk had concluded its arrangement with Matukas and Matukas's company Gramat. The same terms were agreed to by Jacyk's other company — the one that was a party to the joint venture agreement. Not believing that Prombank Investment Ltd. would exercise its rights, Iwasykiw took no steps to raise the money required. In fact, Iwasykiw made no attempt to communicate with Jacyk until late September, when he requested a meeting to discuss refinancing his company's (Jedfro Investments Ltd.) obligations under the note. Jacyk refused the request. Prombank Investment Ltd. foreclosed, with the effect that Iwasykiw lost the US$1.4 million he and Jedfro Investments Ltd. had invested in the joint venture. Iwasykiw appeared at the foreclosure proceedings in Colorado but was by that point unable to prevent it from happening.

La société Prombank Investment Ltd. de M. Jacyk, qui n'était pas partie à l'accord de coentreprise, détenait désormais la garantie dont Tower Centre Partners était débitrice. Prombank Investment Ltd. a indiqué à la mi-août qu'elle comptait procéder à la forclusion. Par conséquent, lorsque le billet est arrivé à échéance, M. Iwasykiw risquait de voir Prombank Investment Ltd. forclore sa participation dans la propriété du Colorado, à moins qu'il ne s'acquitte de ses obligations au titre du billet. Monsieur Jacyk avait alors déjà conclu son entente avec M. Matukas et sa société Gramat. L'autre société de M. Jacyk, celle qui était partie à l'accord de coentreprise, a accepté les mêmes conditions. Croyant que Prombank Investment Ltd. n'exercerait pas ses droits, M. Iwasykiw n'a rien fait pour recueillir les sommes requises. En fait, M. Iwasykiw n'a tenté de communiquer avec M. Jacyk qu'à la fin septembre, lorsqu'il a sollicité une rencontre pour discuter du refinancement de la dette de sa société (Jedfro Investments Ltd.) au titre du billet. Monsieur Jacyk a refusé de le rencontrer. Prombank Investment Ltd. a procédé à la forclusion, de sorte que M. Iwasykiw a perdu la somme de 1,4 million $US que lui-même et Jedfro Investments Ltd. avaient investie dans la coentreprise. Monsieur Iwasykiw a comparu dans le cadre de l'action en forclusion intentée au Colorado, mais il n'était plus en mesure d'empêcher la forclusion.

8 Iwasykiw and Jedfro Investments Ltd. sued Jacyk, Matukas and their companies for breach of the joint venture agreement and related relief. Jacyk and Matukas launched counterclaims. Jacyk and Iwasykiw both died between discovery and trial, but their estates carried on the litigation.

Monsieur Iwasykiw et Jedfro Investments Ltd. ont poursuivi MM. Jacyk et Matukas ainsi que leurs sociétés pour violation de l'accord de coentreprise et ont demandé réparation. Messieurs Jacyk et Matukas ont déposé des demandes reconventionnelles. Messieurs Jacyk et Iwasykiw sont décédés entre l'interrogatoire préalable et le procès, mais leurs successions ont pris la relève.

9 The trial judge dismissed the action, holding that none of the parties had relied upon the provisions of the joint venture agreement. In her view, by failing to make a deal with Jacyk, unlike Matukas, Iwasykiw was the author of his own misfortune. He knew the consequences of the foreclosure but did not take steps to preserve his interest despite his ability to do so. The trial judge found that it was not reasonable under the circumstances for Iwasykiw,

La juge de première instance a rejeté l'action, concluant qu'aucune des parties n'avait invoqué les dispositions de l'accord de coentreprise. Elle a estimé que, en omettant de s'entendre avec M. Jacyk comme l'avait fait M. Matukas, M. Iwasykiw avait été l'artisan de son propre malheur. Il connaissait les conséquences de la forclusion, mais il n'a rien fait pour protéger sa participation malgré sa capacité de le faire. Selon la juge de première instance,

having reached no agreement with Jacyk, to think his interest in the joint venture lands was protected.

The Court of Appeal for Ontario dismissed the appeal ((2006), 80 O.R. (3d) 533). It agreed that none of the parties, faced with the crisis precipitated by the calling of the loan, had relied on the joint venture agreement. Pursuing a strategy of self-interest, Iwasykiw and Jedfro Investments Ltd. had failed to object to the plan to foreclose on their interest. Laskin J.A., for the court, stated that when parties act in a way that shows they do not intend to comply with or be bound by the terms of their written agreement, one party cannot later ask to have the agreement enforced for its benefit.

Iwasykiw's estate and Jedfro Investments Ltd. now appeal to this Court.

Analysis

Can the appellants sue on the joint venture agreement? There is no doubt that the agreement was a valid contract. The question is whether it has been discharged or, failing this, whether it is unenforceable for some other reason.

The appellants' position is that the joint venture agreement was never terminated and remains on foot. They submit that negotiations do not terminate an agreement, unless the negotiations result in a new agreement. In this case, they argue, the parties never got beyond the stage of attempting to negotiate a new agreement, and therefore the joint venture agreement remains in force.

The ways in which a contract can be discharged are well established. It may be discharged by performance, by agreement, by frustration, and by repudiatory or fundamental breach. In addition to these major categories, it is possible to end a contract by merger, alteration or cancellation of

il n'était pas raisonnable dans les circonstances, que, après avoir omis de s'entendre avec M. Jacyk, M. Iwasykiw croie que sa participation dans les terrains de la coentreprise était protégée.

10 La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel ((2006), 80 O.R. (3d) 533). Elle était d'accord pour dire qu'aucune des parties n'avait invoqué l'accord de coentreprise lors de la crise provoquée par la demande de remboursement du prêt. Toujours mûs par leur intérêt personnel, M. Iwasykiw et Jedfro Investments Ltd. ne se sont pas objectés au projet de forclusion de leur participation. Le juge Laskin a affirmé, au nom de la Cour d'appel, que, lorsque des parties adoptent un comportement démontrant qu'elles ne comptent pas se conformer ou être assujetties aux modalités de l'accord écrit qu'elles ont signé, l'une d'elles ne peut pas, par la suite, demander que l'accord soit exécuté à son profit.

11 La succession de M. Iwasykiw et Jedfro Investments Ltd. se pourvoient maintenant devant notre Cour.

Analyse

12 Les appelantes peuvent-elles intenter une action fondée sur l'accord de coentreprise? Il n'y a aucun doute que cet accord était un contrat valide. Il s'agit uniquement de savoir si on y a mis fin ou, dans le cas contraire, s'il est non susceptible d'être mis à exécution pour quelque autre raison.

13 Les appelantes soutiennent que l'accord de coentreprise n'a jamais été résilié et qu'il tient toujours. Elles font valoir que des négociations ne mettent fin à un accord que si elles aboutissent à un nouvel accord. Selon les appelantes, les parties en l'espèce n'ont jamais fait plus que tenter de négocier un nouvel accord et, par conséquent, l'accord de coentreprise demeure en vigueur.

14 Les façons de mettre fin à un contrat sont bien établies : l'exécution, le consentement des parties, l'impossibilité d'exécution et la rupture répudiatoire ou fondamentale. À ces principales catégories, on peut ajouter la fusion, la modification ou l'annulation d'un instrument, ainsi que des circonstances

a written instrument, and in particular circumstances not relevant here, such as by the death of a party (in the case of a personal contract), bankruptcy and winding up. (See *Chitty on Contracts* (29th ed. 2004), ch. 21 to 25.)

15 The contract here at issue was clearly not discharged by performance. Nor was it frustrated. This leaves discharge by agreement or by repudiatory breach. Applied to the facts of this case, both these modes of discharge present problems.

16 Discharge by agreement is problematic because, as the appellants point out, the negotiations between the parties never culminated in a new agreement. In order to discharge the joint venture agreement, a new agreement that it be terminated must be established. The facts as found by the trial judge do not support the conclusion that the parties had reached a new agreement to terminate the joint venture agreement. The trial judge found that both parties acted as if they were not bound by the joint venture agreement. They ignored it, or parts of it, as they saw fit. But this does not establish a new contract to terminate the old contract. To establish a new agreement it must be shown that there was an offer by one party, accepted by the other, or an exchange of promises, supported by consideration. There must be a meeting of the minds on the essential terms — in this case the ending of the joint venture agreement. There is no evidence that the parties ever arrived at a concluded agreement to end the joint venture agreement. What happened was that one party, Jacyk, bought the note that had precipitated the crisis and then tried to negotiate the terms under which he assumed the obligations of the others. He concluded a new agreement with Matukas. But no new agreement was ever concluded with Iwasykiw.

17 It is suggested that if both parties are found to have abandoned a contract, that will terminate it.

particulières non pertinentes en l'espèce, comme le décès d'une partie (dans le cas d'un contrat personnel), la faillite et la liquidation. (Voir *Chitty on Contracts* (29e éd. 2004), ch. 21 à 25.)

Il est évident, en l'espèce, que le contrat n'a pas pris fin parce qu'il avait été exécuté ou parce qu'il était impossible de l'exécuter. Il reste la possibilité qu'il ait pris fin avec le consentement des parties ou à cause d'une rupture répudiatoire. Ces deux façons de mettre fin à un contrat posent des problèmes lorsqu'ils sont appliqués aux faits de la présente affaire.

La possibilité que l'accord ait pris fin avec le consentement des parties fait problème parce que, comme les appelantes l'ont souligné, les négociations entre les parties n'ont jamais abouti à un nouvel accord. Pour mettre fin à l'accord de coentreprise, il faut le résilier au moyen d'un nouvel accord. Les faits constatés par la juge de première instance ne permettent pas de conclure que les parties l'avaient résilié au moyen d'un nouvel accord. La juge de première instance a décidé que les deux parties s'étaient comportées comme si elles n'étaient pas liées par l'accord de coentreprise. Elles n'ont pas jugé bon de tenir compte de cet accord ou de certaines parties de celui-ci. Toutefois, cela ne prouve pas l'existence d'un nouveau contrat résiliant l'ancien contrat. Pour établir l'existence d'un nouvel accord, il faut démontrer qu'une partie a présenté une offre qui a été acceptée par l'autre partie, ou qu'il y a eu échange de promesses avec contrepartie. Il doit y avoir accord des volontés sur les modalités essentielles, à savoir en l'espèce la fin de l'accord de coentreprise. Rien ne prouve que les parties aient jamais conclu un accord mettant fin à l'accord de coentreprise. Ce qui s'est produit, c'est qu'une partie, M. Jacyk, a acheté le billet à l'origine de la crise, pour ensuite tenter de négocier les conditions auxquelles il assumerait les obligations des autres parties. Monsieur Jacyk a conclu un nouvel accord avec M. Matukas. Toutefois, aucun nouvel accord n'a jamais été conclu avec M. Iwasykiw.

On laisse entendre qu'un contrat est résilié si on juge que les deux parties y ont renoncé. Cependant,

However, abandonment discharges a contract only if it amounts to a new contract in which the parties agree to abandon the old one. As Lord Diplock stated in *Paal Wilson & Co. A/S v. Partenreederei Hannah Blumenthal*, [1983] 1 All E.R. 34 (H.L.), at pp. 48-49:

> To the formation of the contract of abandonment, the ordinary principles of the English law of contract apply. To create a contract by exchange of promises between two parties where the promise of each party constitutes the consideration for the promise of the other what is necessary is that the intention of each *as it has been communicated to and understood by the other* (even though that which has been communicated does not represent the actual state of mind of the communicator) should coincide. That is what English lawyers mean when they resort to the latin phrase consensus ad idem and the words that I have italicised are essential to the concept of consensus ad idem, the lack of which prevents the formation of a binding contract in English law.

la renonciation ne met fin à un contrat que si elle constitue un nouveau contrat dans lequel les parties conviennent de renoncer à l'ancien contrat. Comme l'a affirmé lord Diplock dans l'arrêt *Paal Wilson & Co. A/S c. Partenreederei Hannah Blumenthal*, [1983] 1 All E.R. 34 (H.L.), p. 48-49 :

> [TRADUCTION] Les principes ordinaires du droit anglais des contrats s'appliquent à la formation du contrat de renonciation. Pour qu'un contrat soit formé par l'échange de promesses entre deux parties, la promesse de l'une tenant lieu de contrepartie à celle de l'autre, il doit y avoir accord des volontés *exprimées et comprises par les parties* (même si la volonté exprimée ne traduit pas l'état d'esprit réel de la partie qui l'exprime). Voilà ce qu'entendent les avocats anglais par l'expression latine consensus ad idem, et les termes que j'ai mis en italique sont essentiels à cette notion, faute de quoi il ne peut y avoir formation d'un contrat ayant force obligatoire en droit anglais.

While both the trial and appeal courts referred saliently to the intention of the parties not to be bound by the joint venture agreement after the crisis precipitated by Air Products' call for payment, the Court of Appeal *per* Laskin J.A. expressed the view that the principles in *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533 (C.A.), meant the parties' obligations under the contract had come to an end. 18

Bien que les tribunaux de première instance et d'appel aient surtout mentionné l'intention des parties de ne pas être liées par l'accord de coentreprise à la suite de la crise provoquée par la demande de remboursement de prêt présentée par Air Products, la Cour d'appel, sous la plume du juge Laskin, a exprimé l'avis que, suivant les principes de l'arrêt *Shelanu Inc. c. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533 (C.A.), les obligations contractuelles des parties étaient éteintes.

The facts, however, do not support a finding of the consensus necessary for a new contract, as discussed above. Therefore the finding of the trial judge that none of the parties acted as though they were bound by the joint venture agreement after the note was called does not end the obligations under that agreement. 19

Toutefois, comme nous l'avons vu, les faits ne permettent pas de conclure à l'existence du consensus nécessaire à la formation d'un nouveau contrat. Par conséquent, la conclusion de la juge de première instance voulant qu'aucune des parties ne se soit comportée comme si elle était liée par l'accord de coentreprise après la demande de remboursement du billet n'éteint pas les obligations découlant de cet accord.

It is also difficult to see how the doctrine of repudiation assists on the facts here. A contract may be said to be repudiated when one party acts in a way that evinces an intent to no longer be bound by the contract. The other party then may, at its option, elect to terminate the contract. 20

Il est également difficile de voir en quoi le principe de la répudiation peut être utile à la lumière des faits de la présente affaire. On peut affirmer qu'il y a répudiation d'un contrat lorsqu'une partie adopte un comportement qui traduit son intention de ne plus être liée par ce contrat. L'autre partie peut alors, à sa discrétion, choisir de résilier le contrat.

21 It is submitted that Iwasykiw's failure to pay his share of the debt (US$900,000) when the note was called constituted repudiation of the contract. However, it is questionable whether this failure to pay constituted repudiation. In the context of the present case, Iwasykiw's refusal to pay does not amount to an intention to no longer be bound by the contract. Although Iwasykiw could not or did not wish to comply with his obligations regarding the note, the evidence demonstrates that he nevertheless wanted to keep the joint venture agreement on foot. The trial judge, to be sure, stated that the parties "had little regard for the terms of the [joint venture agreement]" (para. 39). However, having "little regard" for an agreement does not establish that a party is repudiating the agreement. Ordinary, non-repudiatory breach is consistent with ignoring the terms of an agreement. More is required to establish repudiation. In view of the evidence, I do not find it necessary to deal with the argument that, because the joint venture contemplated the result of non-payment, failure to pay did not constitute repudiation.

On fait valoir que, en ne payant pas sa part de la dette (900 000 $US) au moment de la demande de remboursement du billet, M. Iwasykiw a répudié le contrat. Toutefois, il n'est pas certain que ce défaut de paiement constituait une répudiation. Dans le contexte de la présente affaire, le refus de payer de M. Iwasykiw ne constitue pas une intention de ne plus être lié par le contrat. Même si M. Iwasykiw ne pouvait ou ne voulait pas respecter ses obligations concernant le billet, la preuve démontre qu'il tenait quand même à ce que l'accord de coentreprise demeure en vigueur. Certes, la juge de première instance a affirmé que les parties [TRADUCTION] « avaient fait peu de cas des modalités de [l'accord de coentreprise] » (par. 39). Toutefois, le fait de faire « peu de cas » d'un accord ne prouve pas qu'une partie répudie cet accord. La rupture non-répudiatoire ordinaire peut laisser croire que l'on a fait abstraction des modalités d'un accord. Il faut quelque chose de plus pour établir la répudiation. Compte tenu de la preuve, je ne juge pas nécessaire d'examiner l'argument selon lequel, parce que l'accord de coentreprise prévoyait le résultat d'un non-paiement, le défaut de paiement ne constituait pas une répudiation.

22 If one could draw from this problematic evidence the conclusion that Iwasykiw's failure to pay his share of the note constituted repudiation of the contract, it would be necessary to establish that Jacyk and Matukas elected to treat this breach as ending the joint venture agreement. This is not clear. Jacyk did not advise Iwasykiw that he was treating the joint venture agreement as at an end because of his failure to pay the US$900,000. Rather, he continued to ask for new terms to reflect the fact that he had bought the loan and saved the joint venture.

Pour pouvoir conclure de cette preuve problématique que le défaut de M. Iwasykiw de payer sa part du billet constituait une répudiation du contrat, il faudrait établir que MM. Jacyk et Matukas ont choisi de considérer que ce manquement mettait fin à l'accord de coentreprise, ce qui n'est pas clair. Monsieur Jacyk n'a pas avisé M. Iwasykiw qu'il considérait que le défaut de ce dernier de verser la somme de 900 000 $US mettait fin à l'accord de coentreprise. Il a plutôt continué de solliciter de nouvelles modalités qui refléteraient le fait qu'il avait acheté le prêt et sauvé la coentreprise.

23 In summary, none of the ways in which a contract can be discharged is established on the facts in this case. I therefore conclude that it has not been established that the joint venture agreement came to an end. We must therefore proceed on the basis that the joint venture agreement was not terminated and remained in force.

En résumé, les faits de la présente affaire ne démontrent pas qu'il a été mis fin au contrat de l'une ou l'autre des façons qui permettent de le faire. Je conclus donc qu'il n'a pas été établi que l'accord de coentreprise a pris fin. Nous devons donc tenir pour acquis que l'accord de coentreprise n'était pas résilié et demeurait en vigueur.

This brings us to the appellants' principal contention: that the respondents, and in particular Jacyk, breached the joint venture agreement. The appellants argue that Jacyk was bound by s. 4.02(a) to advance funds on behalf of the defaulting parties and, if they failed to repay their debts, to buy out their interests pursuant to s. 7.05. However, s. 4.02(a) of the agreement provided only a right to a non-defaulting party to advance funds on behalf of a defaulting party and eventually, should the party in default fail to repay those funds, to buy out that party's interest. Section 4.02(a) did not oblige Jacyk to do anything. In fact, Jacyk did not advance funds under s. 4.02(a). He did something different — which any third party could have done — namely, to purchase Air Products' note. Therefore, it cannot be said that s. 4.02(a) was breached.

The appellants' argument that s. 8.03 of the agreement was breached also fails. Section 8.03 required the consent of all three members of the joint venture in order to make decisions or take actions relating to the joint venture project or affecting the joint venture lands. The appellants contend that Jacyk's purchase of Air Products' note constituted a decision or action in relation to the joint venture or affecting the joint venture lands. They further contend that in any event Jacyk's foreclosure on the joint venture property falls within this clause. On both or either of these grounds, the appellants assert that the respondents are in breach of the joint venture agreement.

It is questionable whether the assignment of the note or the foreclosure could constitute a breach of this provision, considering that Prombank Investment Ltd. merely assumed the position Air Products had previously occupied as a creditor to the joint venture. In any case, s. 4.02(d) of the agreement removed the s. 8.03 consent requirement under circumstances such as those arising here. Section 4.02(d) provided that when a member was in default of its obligations, the non-defaulting member would be authorized to make decisions and take actions relating to the joint venture

24 Cela nous amène à l'argument principal des appelantes voulant que les intimés, et en particulier M. Jacyk, aient violé l'accord de coentreprise. Les appelantes font valoir que M. Jacyk était tenu, en vertu de la clause 4.02a), d'avancer des fonds pour les parties défaillantes et, si celles-ci ne remboursaient pas leur dette, de racheter leurs participations conformément à la clause 7.05. Cependant, la clause 4.02a) de l'accord ne faisait qu'accorder à une partie non défaillante le droit d'avancer des fonds pour une partie défaillante et, en fin de compte, de racheter la participation de la partie défaillante si jamais elle ne remboursait pas ces fonds. La clause 4.02a) n'obligeait pas M. Jacyk à faire quoi que ce soit. En fait, M. Jacyk n'a pas avancé de fonds en application de la clause 4.02a). Il a posé un autre geste — que tout tiers aurait pu poser — à savoir, il a acheté le billet d'Air Products. On ne saurait donc affirmer que la clause 4.02a) a été enfreinte.

25 L'argument des appelantes selon lequel la clause 8.03 de l'accord a été enfreinte ne tient pas non plus. La clause 8.03 exigeait le consentement de tous les trois membres de la coentreprise pour prendre des décisions ou des mesures concernant la coentreprise ou touchant les terrains de la coentreprise. Les appelantes prétendent que l'achat par M. Jacyk du billet d'Air Products constituait une décision ou mesure concernant la coentreprise ou touchant les terrains de la coentreprise. Elles ajoutent que, de toute façon, la forclusion de la propriété de la coentreprise par M. Jacyk relève de cette clause. Pour l'un ou l'autre de ces motifs ou les deux à la fois, les appelantes affirment que les intimés violent l'accord de coentreprise.

26 Il n'est pas certain que la cession du billet ou la forclusion pourrait constituer une violation de cette disposition, compte tenu du fait que Prombank Investment Ltd. ne faisait que se substituer à Air Products en tant que créancière de la coentreprise. De toute façon, la clause 4.02d) de l'accord supprimait l'exigence de consentement prévue à la clause 8.03 dans des circonstances comme celles qui existent en l'espèce. La clause 4.02d) prévoyait que, si un membre manquait à ses obligations, le membre non défaillant serait autorisé à prendre des décisions et des mesures concernant la coentreprise sans qu'il

without requiring the approval or consent of the member in default. Having put Iwasykiw and Matukas on notice that they were in default of their obligations on the note, Jacyk was entitled, as the only non-defaulting member, to act unilaterally to avoid foreclosure by Air Products.

27 For the same reasons, I cannot accept the argument that Jacyk's foreclosure constituted a breach of the joint venture agreement. Jacyk was simply exercising his legal rights under the note that had been assigned to him. In any event, the appellants' failure to pay the US$900,000 owing on the note brought s. 4.02(d) into play, removing the need for consent.

28 I conclude that while the parties may have ignored the joint venture agreement, the obligations under it remained in effect and were not breached by the respondents.

29 The appellants assert that, in any event, they should receive the return of their initial investment in the joint venture of US$1.4 million. I do not agree. These monies were formally forfeited by the foreclosure by Prombank Investment Ltd. on the note and trust deed it bought from Air Products. Air Products had the right to foreclose on the joint venture if the joint venture defaulted on the note. Prombank, having bought the note and trust deed, stood in Air Products' shoes. Iwasykiw failed to meet his liability under the note. Prombank advised it would foreclose. Iwasykiw did nothing, except belatedly ask for a meeting with Jacyk. The foreclosure took place. At this point, Iwasykiw's interest in the joint venture was terminated. Under the principles of mortgage law, he lost his investment. As the trial judge put it, he gambled that Jacyk would not foreclose, and he lost. I see no legal basis upon which this Court could revive that interest and hold that the respondents must return that investment.

soit nécessaire d'obtenir l'approbation ou le consentement du membre défaillant. Ayant avisé MM. Iwasykiw et Matukas qu'ils manquaient à leurs obligations au titre du billet, M. Jacyk avait le droit, en tant que seul membre non défaillant, d'agir unilatéralement pour éviter la forclusion par Air Products.

Pour les mêmes raisons, je ne puis retenir l'argument selon lequel la forclusion par M. Jacyk constituait une violation de l'accord de coentreprise. Monsieur Jacyk ne faisait qu'exercer les droits que la loi lui reconnaissait au titre du billet qui lui avait été cédé. En tout état de cause, le défaut des appelantes de verser la somme de 900 000 $US due au titre du billet faisait intervenir la clause 4.02d), ce qui avait pour effet de supprimer le besoin de consentement.

Je conclus que, même s'il se peut que les parties n'aient pas tenu compte de l'accord de coentreprise, les obligations qui découlaient de cet accord s'appliquaient toujours et n'ont fait l'objet d'aucun manquement de la part des intimés.

Les appelantes prétendent que, de toute façon, elles devraient obtenir le remboursement de leur investissement initial de 1,4 million $US dans la coentreprise. Je ne suis pas de cet avis. Cette somme a été formellement confisquée lors de la forclusion par Prombank Investment Ltd. du billet et de l'acte de fiducie qu'elle avait achetés à Air Products. Air Products avait le droit de soumettre la coentreprise à la forclusion en cas de défaut de paiement du billet de la part de cette dernière. Après avoir acheté le billet et l'acte de fiducie, Prombank Investment Ltd. prenait la place d'Air Products. Monsieur Iwasykiw ne s'est pas acquitté de la responsabilité qui lui incombait en vertu du billet. Prombank Investment Ltd. a prévenu qu'elle procéderait à la forclusion. Monsieur Iwasykiw s'est contenté de solliciter tardivement une rencontre avec M. Jacyk. Il y a eu forclusion, ce qui a mis fin à la participation de M. Iwasykiw dans la coentreprise. Suivant les principes du droit hypothécaire, M. Iwasykiw a perdu son investissement. Comme la juge de première instance l'a dit, il a parié que M. Jacyk ne procéderait pas à la forclusion et il a perdu son pari. À mon avis, aucun fondement juridique ne permet à notre Cour de rétablir cette participation et de conclure que les intimés doivent rembourser l'investissement en cause.

In the alternative, the appellants submit that this money should be returned on the basis of unjust enrichment. A finding of unjust enrichment has three requirements: an enrichment, a corresponding deprivation and an absence of any juristic reason for the enrichment. The fact that a party's actions have benefited another is not enough; it must also be "evident that the retention of the benefit would be 'unjust' in the circumstances of the case": *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, at p. 848, *per* Dickson J. (as he then was).

30 Subsidiairement, les appelantes soutiennent que cette somme devrait faire l'objet d'un remboursement fondé sur l'enrichissement sans cause. Trois conditions doivent être remplies pour que l'on puisse conclure à l'enrichissement sans cause : un enrichissement, un appauvrissement correspondant et l'absence de motif juridique justifiant l'enrichissement. Il ne suffit pas que les actes d'une partie aient procuré un avantage à une autre partie; il doit aussi être « évident [. . .] que la rétention de l'avantage serait "injuste" dans les circonstances de l'affaire » : *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, p. 848, le juge Dickson (plus tard Juge en chef).

The first two requirements of unjust enrichment are present in the case at bar. The respondents enjoyed the benefit of the appellants' investment money and the appellants suffered an uncompensated loss of those funds when the foreclosure occurred.

31 Les deux premières conditions requises pour qu'il y ait enrichissement sans cause sont remplies en l'espèce. Les intimés ont bénéficié de la somme investie par les appelantes, qui ont perdu cette somme, sans être indemnisées, lorsqu'il y a eu forclusion.

With respect to the third requirement, the appellants must show that the facts do not fall within one of the "established categories" of juristic reason, such as contract or "other valid common law, equitable or statutory obligations": *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25, at para. 44.

32 Quant à la troisième condition, les appelantes doivent démontrer que les faits n'entrent dans aucune des « catégories établies » de motifs juridiques, comme le contrat ou les « autres obligations valides imposées par la common law, l'equity ou la loi » : *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, 2004 CSC 25, par. 44.

The respondent Jacyk submits that the operation of the joint venture agreement provides a juristic reason why the US$1.4 million is not repayable to the appellants. The parties voluntarily contracted to invest money for the purpose of acquiring and maintaining the property, without providing for any right to have the money repaid under the circumstances that eventually arose.

33 L'intimé Jacyk soutient que l'application de l'accord de coentreprise constitue un motif juridique de ne pas rembourser la somme de 1,4 million $US aux appelantes. Les parties se sont volontairement engagées par contrat à investir de l'argent pour acquérir et conserver la propriété, sans prévoir aucun droit au remboursement de cet argent dans les circonstances qui sont finalement survenues.

The respondent's position is supported by the general rule "that it is not the function of the court to rewrite a contract for the parties. Nor is it their role to relieve one of the parties against the consequences of an improvident contract": *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, [2004] 3 S.C.R. 575, 2004 SCC 75, at para. 31.

34 Le point de vue de l'intimé est étayé par la règle générale selon laquelle « il n'appartient [. . .] pas au tribunal de réécrire le contrat à la place des parties ni de soustraire l'une d'elles aux conséquences d'un engagement pris à la légère » : *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, [2004] 3 R.C.S. 575, 2004 CSC 75, par. 31.

The foreclosure proceedings may also provide a juristic reason for the enrichment. It was

35 L'action en forclusion pourrait également constituer un motif juridique d'enrichissement. C'est

the operation of the statutory regime surrounding foreclosures that led to the appellants' "deprivation". The foreclosure proceedings were a known and procedurally fair consequence of not paying the amount due. The appellants chose not to pay and suffered the consequence the law prescribed — foreclosure of their interest. They cannot now seek a return of the money on the basis of unjust enrichment.

36 I conclude that the doctrine of unjust enrichment does not apply and that the appellants are not entitled to the return of their initial investment.

37 For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Affleck Greene Orr, Toronto.

Solicitors for the respondents Nadia Jacyk, in her capacity as Litigation Administrator for the estate of Peter Jacyk, Prombank Investment Limited and Prombank International (U.S.A.) Limited: Goodmans, Toronto.

Solicitors for the respondents Louis V. Matukas and Gramat Investments (U.S.A.) Limited: Markson Macdonald, Toronto.

l'application du régime législatif encadrant les forclusions qui a entraîné l'« appauvrissement » des appelantes. L'action en forclusion était une conséquence connue et équitable sur le plan procédural du défaut de payer le montant dû. Les appelantes ont choisi de ne pas payer et ont subi les conséquences prévues par la loi, à savoir la forclusion de leur participation. Elles ne peuvent pas maintenant solliciter le remboursement de cette somme en invoquant l'enrichissement sans cause.

Je conclus que le principe de l'enrichissement sans cause ne s'applique pas et que les appelantes n'ont pas droit au remboursement de leur investissement initial.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes : Affleck Greene Orr, Toronto.

Procureurs des intimées Nadia Jacyk, en sa qualité d'administratrice à l'instance de la succession de Peter Jacyk, Prombank Investment Limited et Prombank International (U.S.A.) Limited : Goodmans, Toronto.

Procureurs des intimés Louis V. Matukas et Gramat Investments (U.S.A.) Limited : Markson Macdonald, Toronto.

INDEX

CIVIL PROCEDURE

Addition of parties — Supreme Court of Canada — Intervener in Court of Appeal requesting to be added as a party to bring an application for leave to appeal — Parties in Court of Appeal not wishing to continue litigation — Motion dismissed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 18(5).

ALLIANCE FOR MARRIAGE AND FAMILY v. A.A., 124.

COMMERCIAL LAW

Securities — Prospectus misrepresentation — Company's prospectus projecting results for fourth quarter — Intra-quarterly results lagged behind projection after prospectus filed and before public offering closed — Intra-quarterly results not disclosed — Whether s. 130(1) of Securities Act requires company to disclose "material facts" arising after prospectus filed — Whether change in company's results amounted to "material change" requiring disclosure — Whether forecast contained implied representation of objective reasonableness — Whether Business Judgment Rule has any application to disclosure requirements of Securities Act — Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 1, 57(1), 130(1).

KERR v. DANIER LEATHER INC., 331.

CONSTITUTIONAL LAW

Charter of Rights — Right to silence — Scope of pre-trial right to silence — Interplay between confessions rule and right to silence — Accused charged with second degree murder detained by police — Accused making statements to police during interviews after he had asserted his constitutional right to silence many times — Whether police breached accused's right to silence — Whether police should have stopped trying to obtain admissions once accused asserted his right to silence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. SINGH, 405.

CONTRACTS

1. Validity — Breach — Agreement with religious aspect — Husband refusing to provide wife with Jewish religious divorce after civil divorce despite agreement to do so — Action in damages against husband for breach of contract — Whether matter justiciable — Whether agreement satisfies all requirements to make it valid and binding under Quebec law — Whether husband can rely on freedom of religion to avoid legal consequences of failing to comply with agreement — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1373, 1385, 1412, 1413 — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1.

BRUKER v. MARCOVITZ, 607.

2. Enforcement — Breach — Parties to joint venture agreement not abiding by its terms — Whether agreement terminated — Whether agreement still enforceable — Whether agreement breached — Whether agreement required repayment of defaulting party's initial investment in joint venture.

JEDFRO INVESTMENTS (U.S.A.) LTD. v. JACYK, 679.

COURTS

Procedure — Informer privilege — In camera proceedings — Open court principle — Procedure to be followed where party claims to be confidential police informant — Whether extradition judge erred in interpreting and applying Dagenais/Mentuck test in context of claim of informer privilege — Whether judge erred in granting media counsel and representatives access, subject to confidentiality undertakings, to information over which informer privilege was being asserted.

NAMED PERSON v. VANCOUVER SUN, 253.

CRIMINAL LAW

1. Parties to offence — Common intention — Using firearm in commission of offence — Gun brought into house by one of intruders during break and enter — Whether rules of complicity apply such that all intruders involved in break and

CRIMINAL LAW — (Continued)

enter party to offence of using firearm in commission of offence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21, 85.

R. v. STEELE, 3.

2. Weapons — Using firearm in commission of offence — Type of conduct that constitutes "using a firearm" — Whether revealing presence or immediate availability of firearm by words or conduct is using firearm — Whether weapon must be in physical possession of offender or readily at hand — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 85(1).

R. v. STEELE, 3.

3. Impaired driving causing death — Reasonable and probable grounds to demand breath samples — Distinction between consumption and impairment — Whether trial judge applied wrong test for determining whether police officer had reasonable and probable grounds to demand breath samples — Whether misstatements in trial judge's reasons sufficiently undermining to warrant appellate intervention.

R. v. RHYASON, 108.

4. Trial — Verdicts — Accused convicted of several offences — Fresh expert evidence available after convictions upheld on appeal discrediting Crown witnesses — Whether verdicts would necessarily have been the same — Whether manslaughter conviction should be substituted for conviction for murder — Whether accused should be acquitted of murder and criminal negligence causing death.

R. v. TROTTA, 453.

5. Appeals — Powers of court of appeal — Accused convicted of attempting to obstruct justice by attempting to alter and falsify testing and maintenance records for smoke alarms following fire — Court of Appeal setting aside conviction on finding that accused's conduct after fire capable of more than one explanation — Not open to Court of Appeal to acquit accused on basis of speculation about possible explanation of his conduct after fire that was contradicted by his own testimony — Accused's conviction restored — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 139(2), 686(1)(a)(i).

R. v. GROVER, 510.

6. Appeals — Unreasonable verdict — Accused convicted of illegal production of marijuana — Whether verdict unreasonable — Whether accused convicted solely because present at scene of crime — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. JACKSON, 514.

7. Charge to jury — Credibility — Accused testifying having no memory of what happened at time of murder due to consumption of alcohol — Whether trial judge should have

CRIMINAL LAW — (Concluded)

linked requirement for proof beyond a reasonable doubt to issue of accused's credibility in charge to jury.

R. v. DALEY, 523.

8. Charge to jury — Defence of intoxication — Accused convicted of second degree murder — Whether trial judge's charge on defence of intoxication adequate — Whether trial judge's one-step charge on actual intent only appropriate — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 229(a)(ii).

R. v. DALEY, 523.

9. Charge to jury — Expert testimony — Accused testifying having no memory of what happened at time of murder due to consumption of alcohol — Expert testifying about effect of alcohol on judgment, evaluation of appropriateness and memory — Whether trial judge should have interpreted expert evidence for jury.

R. v. DALEY, 523.

HUMAN RIGHTS

Freedom of conscience and religion — Agreement with religious aspect — Jewish religious divorce or "get" — Husband refusing to provide wife with Jewish religious divorce after civil divorce despite agreement to do so — Action in damages against husband for breach of contract — Whether husband entitled to immunity from damages for his breach of contract by invoking freedom of religion — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1.

BRUKER v. MARCOVITZ, 607.

INSURANCE

1. Automobile insurance — Inadequately insured motorist coverage — Wrongdoer using motor vehicle to transport large boulders to highway overpass, throwing boulders onto car driven by insured and driving off — Insured suffering catastrophic injuries — Wrongdoer inadequately insured — Insured receiving no-fault benefits from his insurer and seeking to recover his civil damages from insurer under inadequately insured motorist coverage — Whether coverage should be denied because wrongdoer was engaged in criminal activity — Whether insured's injuries "arising directly or indirectly from the use or operation of an automobile" — Whether tort that cause insured's injuries intervening event severable from use and operation of wrongdoer's motor vehicle — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 239.

CITADEL GENERAL ASSURANCE CO. v. VYTLINGAM, 373.

INSURANCE — (Concluded)

2. Automobile insurance — Coverage of owner's policy — Hunter driving to his designated site before sunrise when he stopped and shot at white flash thinking it to be a deer tail but it was another member of his hunting party — Victim seeking to recover his damages under tortfeasor's automobile insurance policy — Whether victim's injuries arising "directly or indirectly from the use or operation" of an automobile — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 239(1).

LUMBERMENS MUTUAL CASUALTY CO. v. HERBISON, 393.

INTELLECTUAL PROPERTY

Copyright — Infringement — Secondary infringement — Exclusive licences — Exclusive Canadian distributor of imported chocolate bars bringing copyright infringement action against unauthorized distributor of bars after logos were registered in Canada as copyrighted artistic works — Whether Canadian distributor can establish hypothetical primary infringement — Whether chocolate bar can be copyrighted because of protected works appearing on its wrapper — Whether accessories or incidental works exempted from copyright protection — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 27(2)(e).

EURO-EXCELLENCE INC. v. KRAFT CANADA INC., 20.

POLICE

Investigation — Negligence — Whether Canadian law recognizes tort of negligent investigation.

HILL v. HAMILTON-WENTWORTH REGIONAL POLICE SERVICES BOARD, 129.

SALE

1. Duty to inform — Latent defect — Inclusion of seller's duty to inform in warranty against latent defects.

ABB INC. v. DOMTAR INC., 461.

2. Latent defect — Limitation of liability — Damages — Purchase of recovery boiler by paper manufacturer — Leaks and cracks in boiler's superheater caused by tie welds connecting its tubes together — Superheater repaired but subsequently replaced by paper manufacturer with product supplied by another boiler manufacturer — Action in damages for latent defects and for breach of duty to inform buyer — Whether conditions for existence of latent defect are met — Whether clause limiting seller's liability is applicable where seller knew or is presumed to have known about latent defect — Whether seller breached its duty to inform or buyer its duty to inquire — Whether buyer is entitled to be reimbursed for losses sustained with respect to repairs and to recover costs incurred to replace superheater — Whether insurer was subrogated to buyer's rights in respect of payment made to buyer, and whether damages awarded to buyer should be reduced proportionally to that payment — Civil Code of Lower Canada, art. 1527.

ABB INC. v. DOMTAR INC., 461.

TAXATION

Income tax — Charities — Registered charity — Amateur youth soccer association operating exclusively at provincial level seeking registration as charity — Whether registered Canadian amateur athletic association provisions of Income Tax Act preclude amateur sports association from charitable status — Whether amateur youth soccer association a charity for purposes of Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 149.1(1) "charitable organization", 248(1) "registered Canadian amateur athletic association".

A.Y.S.A. AMATEUR YOUTH SOCCER ASSOCIATION v. CANADA (REVENUE AGENCY), 217.

TORTS

1. Negligence — Duty of care — Child in need of protection — Child apprehended by Crown and ordered by court to be placed in treatment centre — Whether treatment centre and its social workers owe duty of care to family members of child — When new duty of care should be recognized.

SYL APPS SECURE TREATMENT CENTRE v. B.D., 83.

2. Negligence — Duty of care — Police investigation — Whether police owe duty of care to suspects in criminal investigations — If so, standard of care required by police investigating a suspect — Whether police officers' conduct in investigating suspect was negligent.

HILL v. HAMILTON-WENTWORTH REGIONAL POLICE SERVICES BOARD, 129.

TORTS — (Concluded)

3. Negligence — Vicarious liability — Motor vehicles — Owner — Lease with option to purchase — Interpretation of s. 86 of Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, c. 318.

TRANSPORTACTION LEASE SYSTEMS INC. v. YEUNG, 371.

INDEX

ASSURANCE

1. Assurance automobile — Protection contre les automobilistes insuffisamment assurés — Auteur d'un délit utilisant un véhicule à moteur pour transporter de grosses pierres jusqu'à un pont d'étagement, d'où il a jeté les pierres sur une auto conduite par un assuré, puis pour s'enfuir — Assuré très grièvement blessé — Auteur du délit insuffisamment assuré — Assuré ayant reçu des indemnités sans égard à la faute de son assureur et cherchant à obtenir des dommages-intérêts civils de l'assureur en vertu d'une protection contre les automobilistes insuffisamment assurés — Cette protection doit-elle lui être refusée parce que l'auteur du délit se livrait à une activité criminelle? — Les blessures de l'assuré découlent-elles « directement ou indirectement de l'utilisation ou de la conduite d'une automobile »? — Le délit qui a causé des blessures à l'assuré constitue-t-il un acte intermédiaire séparable de l'utilisation et de la conduite de l'automobile de l'auteur du délit? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 239.

CITADELLE, CIE D'ASSURANCES GÉNÉRALES C. VYTLINGAM, 373.

2. Assurance automobile — Garantie de la police de propriétaire — Chasseur roulant vers son poste d'affût désigné avant le lever du soleil lorsqu'il a stoppé, puis tiré en direction d'une lueur blanche, qu'il a prise pour la queue d'un cerf, mais qui était l'un de ses compagnons de chasse — Victime voulant obtenir réparation en vertu de la police d'assurance automobile de l'auteur du délit — Les lésions de la victime découlent-elles « directement ou indirectement de l'usage ou de la conduite » d'une automobile? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 239(1).

LUMBERMENS MUTUAL CASUALTY CO. C. HERBISON, 393.

CONTRATS

1. Validité — Violation — Entente comportant un aspect religieux — Refus de l'époux d'accorder à l'épouse le divorce religieux juif après le divorce civil malgré son engagement à l'accorder — Action en dommages-intérêts contre l'époux pour violation de l'entente — La question est-elle justiciable? — Les conditions pour que l'entente soit valide et exécutoire en droit québécois sont-elles respectées? — L'époux peut-il invoquer la liberté de religion pour se soustraire aux conséquences juridiques de son refus de se conformer à l'entente? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1373, 1385, 1412, 1413 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 9.1.

BRUKER C. MARCOVITZ, 607.

2. Mise à exécution — Violation — Parties à un accord de coentreprise ne se conformant pas à ses dispositions — L'accord a-t-il été résilié? — L'accord peut-il encore être mis à exécution? — Y a-t-il eu violation de l'accord? — L'accord prescrivait-il le remboursement à la partie défaillante de son investissement initial dans la coentreprise?

JEDFRO INVESTMENTS (U.S.A.) LTD. C. JACYK, 679.

DROIT COMMERCIAL

Valeurs mobilières — Présentation inexacte des faits dans un prospectus — Prospectus d'une société contenant des prévisions de résultats pour le quatrième trimestre — Résultats intratrimestriels se révélant inférieurs aux prévisions après le dépôt du prospectus et avant la clôture de l'appel public à l'épargne — Résultats intratrimestriels non divulgués — L'article 130(1) de la Loi sur les valeurs mobilières oblige-t-il la société à divulguer les « faits importants » survenus après le dépôt du prospectus? — Le changement dans les résultats de la société constituait-il un « changement important » devant être divulgué? — Les prévisions comportaient-elles une déclaration implicite de caractère objectivement raisonnable? — La règle de l'appréciation commerciale s'applique-t-elle aux exigences de divulgation de la Loi sur les valeurs mobilières? — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 1, 57(1), 130(1).

KERR C. DANIER LEATHER INC., 331.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Charte des droits — Droit de garder le silence — Portée du droit de garder le silence avant le procès — Interaction entre la règle des confessions et le droit de garder le silence — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré détenu par la police — Accusé faisant des déclarations à la police pendant des interrogatoires après avoir invoqué à maintes reprises son droit constitutionnel de garder le silence — La police a-t-elle violé le

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

droit de l'accusé de garder le silence? — La police aurait-elle dû cesser de tenter d'obtenir des aveux dès que l'accusé a invoqué son droit de garder le silence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. c. SINGH, 405.

DROIT CRIMINEL

1. Armes — Utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel — Actes emportant l'« utilisation » d'une arme à feu — Révéler par ses propos ou par ses gestes la présence d'une arme à feu ou sa disponibilité immédiate équivaut-il à utiliser une arme à feu? — Le contrevenant doit-il avoir l'arme en sa possession physique ou à portée de main? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 85(1).

R. c. STEELE, 3.

2. Participants à l'infraction — Intention commune — Utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel — Arme à feu apportée sur les lieux d'une introduction par effraction par l'un des intrus — Les règles de la complicité s'appliquent-elles de façon que tous les participants à l'introduction par effraction deviennent des participants à l'utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21, 85.

R. c. STEELE, 3.

3. Conduite avec les facultés affaiblies ayant causé la mort — Motifs raisonnables pour exiger des échantillons d'haleine — Distinction entre consommation et capacité affaiblie — Le juge du procès a-t-il appliqué le mauvais critère pour décider si le policier avait des motifs raisonnables pour exiger des échantillons d'haleine? — Est-ce que les énoncés dans les motifs du juge du procès sont erronés au point de justifier une intervention en appel?

R. c. RHYASON, 108.

4. Procès — Verdicts — Accusés déclarés coupables de plusieurs infractions — Nouveaux témoignages d'experts disponibles après la confirmation en appel des déclarations de culpabilité qui discréditent les témoins à charge — Les verdicts auraient-ils été nécessairement les mêmes? — Faudrait-il remplacer la déclaration de culpabilité pour meurtre par une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable? — Les accusés devraient-ils être acquittés des accusations de meurtre et de négligence criminelle entraînant la mort?

R. c. TROTTA, 453.

5. Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Accusé déclaré coupable de tentative d'entrave à la justice pour avoir tenté de modifier et de falsifier des documents concernant l'essai et l'entretien des détecteurs de fumée après un incendie — Annulation par la Cour d'appel de la déclaration de culpabilité parce que la conduite de l'accusé après l'incendie pouvait s'expliquer de plus d'une façon — Cour d'appel ne pouvant acquitter l'accusé sur le fondement d'une simple hypothèse, que son témoignage a contredite — Déclaration de culpabilité de l'accusé rétablie — Code ciminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 139(2), 686(1)a)(i).

R. c. GROVER, 510.

6. Appels — Verdict déraisonnable — Accusé inculpé de production illégale de marijuana — Le verdict est-il déraisonnable? — L'accusé a-t-il été déclaré coupable uniquement à cause de sa présence sur les lieux du crime? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

R. c. JACKSON, 514.

7. Exposé au jury — Crédibilité — Accusé témoignant n'avoir aucun souvenir de ce qui s'est passé au moment du meurtre en raison de sa consommation d'alcool — Le juge du procès aurait-il dû faire le lien entre le doute raisonnable et la crédibilité de l'accusé dans son exposé au jury?

R. c. DALEY, 523.

8. Exposé au jury — Défense d'intoxication — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Le juge du procès a-t-il donné des directives adéquates sur la défense d'intoxication? — La directive en un temps ne portant que sur l'intention véritable donnée par le juge du procès était-elle appropriée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 229a)(ii).

R. c. DALEY, 523.

9. Exposé au jury — Témoignage d'expert — Accusé témoignant n'avoir aucun souvenir de ce qui s'est passé au moment du meurtre en raison de sa consommation d'alcool — Expert témoignant au sujet de l'effet de l'alcool sur le jugement, l'évaluation de l'acceptabilité et la mémoire — Le juge du procès aurait-il dû interpréter le témoignage d'expert à l'intention du jury?

R. c. DALEY, 523.

DROIT FISCAL

Impôt sur le revenu — Organismes de bienfaisance — Organisme de bienfaisance enregistré — Demande d'enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance présentée par une association de soccer amateur pour jeunes œuvrant exclusivement à

DROIT FISCAL — (Fin)

l'échelle provinciale — Les dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu relatives aux associations canadiennes enregistrées de sport amateur empêchent-elles les associations de sport amateur d'obtenir le statut d'œuvre de bienfaisance? — Une association de soccer amateur pour jeunes est-elle un organisme de bienfaisance pour l'application de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 149.1(1) « œuvre de bienfaisance », 248(1) « association canadienne enregistrée de sport amateur ».

A.Y.S.A. AMATEUR YOUTH SOCCER ASSOCIATION c. CANADA (AGENCE DU REVENU), 217.

DROITS DE LA PERSONNE

Liberté de conscience et de religion — Entente comportant un aspect religieux — Divorce religieux juif ou « get » — Refus de l'époux d'accorder à l'épouse le divorce religieux juif après le divorce civil malgré son engagement à l'accorder — Action en dommages-intérêts contre l'époux pour violation de contrat — L'époux peut-il se soustraire à l'obligation de payer des dommages-intérêts pour sa violation du contrat en invoquant la liberté de religion? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 9.1.

BRUKER c. MARCOVITZ, 607.

POLICE

Enquête — Négligence — Le délit d'enquête négligente est-il reconnu en droit canadien?

HILL c. COMMISSION DES SERVICES POLICIERS DE LA MUNICIPALITÉ RÉGIONALE DE HAMILTON-WENTWORTH, 129.

PROCÉDURE CIVILE

Ajout de parties — Cour suprême du Canada — Intervenante en Cour d'appel demandant à être ajoutée comme partie pour présenter une demande d'autorisation d'appel — Parties en Cour d'appel ne souhaitant pas poursuivre l'instance — Requête rejetée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 18(5).

ALLIANCE FOR MARRIAGE AND FAMILY c. A.A., 124.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Droit d'auteur — Violation du droit d'auteur — Violation à une étape ultérieure — Licences exclusives — Distributeur exclusif canadien de tablettes de chocolat importées intentant une action pour violation du droit d'auteur contre un distributeur non autorisé de ces tablettes après que des logos eurent été enregistrés au Canada comme étant des œuvres artistiques protégées par le droit d'auteur — Le distributeur canadien peut-il établir l'existence d'une violation initiale hypothétique? — Une tablette de chocolat peut-elle faire l'objet d'un droit d'auteur en raison de la présence d'œuvres protégées sur son emballage? — Les éléments ou les œuvres accessoires sont-ils soustraits à la protection du droit d'auteur? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 27(2)e).

EURO-EXCELLENCE INC. c. KRAFT CANADA INC., 20.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1. Négligence — Obligation de diligence — Enfant ayant besoin de protection — Enfant appréhendée par la Couronne et placée, sur ordre du tribunal, dans un centre de traitement — Le centre de traitement et ses travailleurs sociaux ont-ils une obligation de diligence envers les membres de la famille de l'enfant? — Dans quels cas y a-t-il lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence?

SYL APPS SECURE TREATMENT CENTRE c. B.D., 83.

2. Négligence— Obligation de diligence — Enquête policière — Dans une enquête criminelle, le policier a-t-il une obligation de diligence envers un suspect? — Dans l'affirmative, à quelle norme de diligence le policier doit-il satisfaire lorsqu'il enquête sur un suspect? — Les policiers ont-ils fait preuve de négligence dans l'enquête relative au suspect?

HILL c. COMMISSION DES SERVICES POLICIERS DE LA MUNICIPALITÉ RÉGIONALE DE HAMILTON-WENTWORTH, 129.

3. Négligence — Responsabilité du fait d'autrui — Véhicules automobiles — Propriétaire — Location avec option d'achat — Interprétation de l'art. 86 de la Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1996, ch. 318.

TRANSPORTACTION LEASE SYSTEMS INC. c. YEUNG, 371.

TRIBUNAUX

Procédure — Privilège de l'indicateur de police — Procédures à huis clos — Principe de la publicité des débats judiciaires — Procédure à suivre lorsqu'une partie affirme être un indicateur confidentiel de la police — Le juge d'extradition

TRIBUNAUX — (Fin)

a-t-il commis une erreur en interprétant et en appliquant le critère des arrêts Dagenais/Mentuck dans le contexte de la revendication du privilège de l'indicateur de police? — Le juge a-t-il commis une erreur en accordant aux avocats et aux représentants des médias, sous réserve d'engagements de confidentialité, l'accès aux renseignements à l'égard desquels le privilège de l'indicateur de police était revendiqué?

PERSONNE DÉSIGNÉE C. VANCOUVER SUN, 252.

VENTE

1. Obligation de renseignement — Vice caché — Inclusion de l'obligation de renseignement du vendeur dans la garantie contre les vices cachés.

ABB Inc. c. Domtar Inc., 461

VENTE — (Fin)

2. Vice caché — Limitation de responsabilité — Dommages-intérêts — Achat par une papetière d'une chaudière de récupération — Fuites et fissurations du surchauffeur de la chaudière causées par les attaches rigides de ses tubes — Surchauffeur réparé mais par la suite remplacé par la papetière par un produit fourni par un autre fabricant — Poursuite en dommages-intérêts pour vices cachés et pour manquement à l'obligation de renseigner l'acheteur — Les conditions d'existence d'un vice caché sont-elles réunies? — Une clause de limitation de la responsabilité du vendeur a-t-elle un effet dans le cas où celui-ci connaissait ou était présumé connaître le vice caché? — Le vendeur ou l'acheteur ont-ils manqué à leurs obligations respectives de renseigner ou de se renseigner? — L'acheteur a-t-il le droit d'être remboursé des pertes subies lors des réparations et des dépenses engagées pour remplacer le surchauffeur? — L'assureur a-t-il été subrogé dans les droits de l'acheteur à l'égard du paiement qu'il lui a versé et les dommages-intérêts accordés à l'acheteur doivent-ils être réduits dans cette proportion? — Code civil du Bas Canada, art. 1527.

ABB INC. C. DOMTAR INC., 461.

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
http://publication.gc.ca

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
http://publication.gc.ca